Die Schadensersatzansprüche bei Körperverletzung und Tötung im Zweikampf.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Gröber

Rechtsanwalt in München.

Approbiert am 22. Juni 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

Referent: Prof. Dr. Oertmann.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

Die Zeit vor dem BGB.

§ 1. Allgemeine Vorschriften über die Verletzung der Körperintegrität 10

A. Gemeines Recht 10

B. Allgemeines Landrecht 12

C. Code civil 13

§ 2. Einwilligung des Verletzten 13

A. Römisches und gemeines Recht 13

B. Der Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuches . . 17

C. Einwilligung in die Verletzung beim Duell . . . 23

§ 3. Vom konkurrierenden Verschulden 27

I. Gemeines Recht 27

A. Allgemeines 27

B. Das konkurrierende Verschulden beim Duell . . 35

a) Ersatzansprüche des Duellanten 35

b) Ersatzansprüche dritter Personen 38

II. Das preußische allgemeine Landrecht 41

a) Ersatzansprüche des Duellanten.

b) Wechselseitige Verletzungen.

c) Ansprüche der Hinterbliebenen.

III. Sonstige Partikularrechte 45

IV. Code civil 46

II. Teil.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 1. Standpunkt der Motive 49

§ 2. Einwilligung, Verzicht 51

Seite

§ 3. Die Kulpakompensation im BGB. 54
I. Entstehungsgeschichte des § 254 54
II. Vorwiegend verursachen — vorwiegend verschulden . . 57
§ 4. Das konkurrierende Verschulden beim Zweikampf 65
I. Allgemeines 65
II. Schadensersatzansprüche des Verletzten 71
a) Schmerzensgeld 75
b) Kur- und Pflegekosten 76
c) Gewinnentgang 77
d) Ansprüche wegen verminderter Erwerbsfähigkeit 79
e) Schadensersatz wegen erschwerten Fortkommens 80
III. Schadensersatz des mittelbar Verletzten 80
IV. Die selbständigen Rechte dritter Personen 82
A. Inhalt und Umfang dieser Rechte 82
a) Begräbniskosten 84
b) Ersatzansprüche der Unterhaltsberechtigten . 84
c) Ersatzansprüche des Dienstberechtigten . . 86
B. Einfluß des eigenen Verschuldens des Getöteten auf die Rechte Dritter 86
a) im allgemeinen 86
b) beim Duell 87
C. Verschulden des Ersatzberechtigten 88
§ 5. Ersatzpflichtige Personen 90
A. Der Duellant 90
a) Einfluß des Güterstandes 91
b) Minderjährigkeit, Gewalthaber 91
c) Gegenseitige Verletzungen 92
B. Ersatzpflicht dritter Personen 94
a) Sekundanten, Zeugen und Ärzte 94
b) Kartellträger 96
c) Ehrenrichter.
Resultat 100

Literaturverzeichnis.

Binding, Der Zweikampf und das Gesetz. Neue Zeit- und Streitfragen. Dresden 1905. Herausgegeben von der Gehestiftung.

Blüthgen, Die studentischen Schlägermensuren in zivil- und strafrechtlicher Beleuchtung. Berlin 1905.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria. Berlin 1891.

Cohn, Untersuchungen zu § 254 BGB. In Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1899.

Cohnfeld, Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. Leipzig 1865.

Corpus iuris civilis, Fratres Kriegelii. 16. Aufl.

Cosack, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Demelius, Über Kompensation der Kulpa. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 5. 1861.

Dernburg, Pandektenrecht. 5. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Halle 1905.

Endemann, Lehrbuch. 8. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 4. und 6. Aufl. 1900 und 1904.

Frank, Kommentar des Reichsstrafgesetzbuches.

Ganzhorn, Der Zivilersatz im Zweikampf. Inaug.-Diss. Göttingen 1897.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. Berlin 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts. 4. Jahrg.

Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten. Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentliches Recht Bd. 27.

Hoeniger, Die Rechtsfolgen des Zweikampfes nach dem BGB. Im Recht 1901 Nr. 9.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten. Berlin und Leipzig 1884.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts.

v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit. Leipzig 1888. Separatabdruck.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Handkommentar. 2. Aufl.

Laß und **Maier,** Haftpflichtrecht. 2. Aufl. München 1902.

Levi, Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Leipzig 1889.

v. Leyden, Die sogen. Kulpakompensation im BGB. Berlin 1902.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.

Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.

Mommsen, Zur Lehre vom Interesse. Braunschweig 1855.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. Bd. 2.

Oertmann, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Aufl.

Pernice, Labeo. Halle 1878.

Pernice, Zur Lehre von der Sachbeschädigung. Weimar 1867.

Planck, Kommentar zum BGB. 2. Aufl.

Puchelt, Handbuch des französischen Zivilrechts. 2. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung eines Entwurfs eines BGB.

Ruhm, Das eigene Verschulden des Verletzten als Grund zur Ausschließung der Ersatzpflicht im gemeinen Recht. Greifswald 1898.

Rümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 88.

Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 90.

Seufferts Archiv.

Scherer, Kommentar zum BGB. Erlangen 1899.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB. München 1900.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 2. Aufl.

Süßmann, Welchen Einfluß hatte und hat der Umstand, daß bei Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat? Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Wächter, Volenti non fit iniuria. Im Gerichtssaal Bd. 20.

Wächter, Die neuesten Fortschritte der Zivilgesetzgebung in Württemberg. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 23.

Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen. Straßburg 1883, Berlin 1902.

Wendt, Eigenes Verschulden. Jahrbücher für die Dogmatik. Bd. 31. 1891.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905, Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

Beinahe ebenso alt wie die Sitte des Zweikampfes ist bei uns in Deutschland die Gesetzgebung, welche diesem Gebrauche Einhalt zu gebieten versuchte.

Das Duell in seiner heutigen Gestalt hat nichts gemein mit dem gottesgerichtlichen Zweikampf unserer Vorfahren und dem deutschen Fehderecht. Begeisterte Anhänger des Zweikampfes, die im Duell eine urdeutsche Sitte, einen Ausfluß deutschen Mannesmutes und deutscher Manneskraft erblicken, wollen es nicht gerne zugeben, daß auch das Duell, wie so manch andere Sitte, der Nachahmungssucht des Deutschen seine Einbürgerung in deutschen Landen verdankt. Und doch ist durch die kulturgeschichtlichen Forschungen der Beweis erbracht, daß das Duell in seiner jetzigen Gestalt in den romanischen Ländern, wahrscheinlich in Spanien, entstanden und erst auf Umwegen über Frankreich und Italien in der zweiten Häfte des 16. Jahrh. bei uns Eingang gefunden hat.

Schon im Jahre 1570 findet sich das erste militärische Verbot, das den Zweikampf im Reichsheere bei Lebensstrafe untersagte, und bereits im Jahre 1572 erging ein Gesetz für die sächsischen Länder, das für die bürgerlichen Kreise das Duell mit Landesverweisung bedrohte. Begünstigt durch die Wirren des 30jährigen Krieges, nahm die Sitte des Zweikampfes immer mehr überhand, so daß nach Beendigung

desselben die meisten deutschen Staaten sich zum Erlasse von Duellverboten genötigt sahen.[1]) Trotz der Härte der dort angedrohten Strafen, die überdies meist entehrender Natur waren, vermochten diese Gesetze der bereits zu tief eingewurzelten Sitte nicht mehr Herr zu werden. Die Erkenntnis von der Ohnmacht des Gesetzes gegenüber der bereits unausrottbaren Sitte des Duells führte zunächst zu einer laxeren Handhabung der Vorschriften und endete schließlich mit einer Kapitulation des Gesetzgebers, die offene Anerkennung gefunden hat in den Motiven des norddeutschen Strafgesetzbuches:

„Die Sitte, oder wenn man lieber will, die Unsitte des Duells hat sich noch immer stärker erwiesen, als das geschriebene Gesetz, und diesem bleibt daher nichts weiter übrig, als sich gut oder übel mit der Aufgabe abzufinden: seine Vorschriften über das Duell so einzurichten, daß sie einerseits mit den Geboten der Gerechtigkeit nicht in allzu schroffen Widerspruch treten und andrerseits dem Bedürfnis des Lebens ein wenigstens annäherndes Genüge leisten." Binding bezeichnet dieses Geständnis der Motive eine Bankrotterklärung der gesetzgebenden Gewalt.[2]) Mit vollem Recht. Die Motive erklären, der Gesetzgeber hält das Duell für ein Unrecht, es fehlen ihm aber die Mittel, das Duell zu bekämpfen. Daß das Duell mit strengen Strafbestimmungen allein nicht ausgerottet werden kann, hat die Erfahrung gelehrt. Es wäre daher Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, mit anderen Mitteln das Duell zu bekämpfen. Der Gesetzgeber will den

---

[1]) Das Nähere hierüber: Dr. Levi, Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen, Leipzig 1899, S. 27 ff.

[2]) Binding, Der Zweikampf und das Gesetz, Dresden 1905, Neue Zeit- und Streitfragen.

Bedürfnissen des Lebens, die das Duell fordern, Rechnung tragen. Hier liegt die Wurzel des Übels. Das Duell ist in gewissen Kreisen ein Bedürfnis geworden, ein unentbehrliches Mittel für die Wiederherstellung der verletzten Ehre. Wenn der Gesetzgeber das Duell aus der Welt schaffen will, so muß er hier eingreifen bei den Bedürfnissen des Lebens, und diese fordern einen kräftigen Rechtsschutz gegen die Verletzungen der persönlichen Ehre.

Wohl hat auch unser Strafgesetzbuch Vorschriften erlassen, welche angeblich den Schutz der Ehre bezwecken, doch dürfte darüber Einigkeit herrschen, daß diese Vorschriften gänzlich unzureichend sind. Diese Strafvorschriften genügen nur den niedrigsten Gefühlen der Rachsucht, den Beleidiger gestraft zu sehen; von einer Genugtuung oder Wiederherstellung der gekränkten Ehre kann dabei keine Rede sein. Und wie fallen diese Strafen aus! Die Verhängung einer Geldstrafe bei Beleidigungen und Verleumdungen der schwersten Art gehört zum Alltäglichen, und doch ist diese angebliche Sühne für den Beleidigten nur eine neue Kränkung, wenn ihm durch das Erkenntnis des Strafrichters seine Ehre mit einer Summe Geldes bewertet wird. Wer die Ehre seines Nächsten nicht zu achten weiß, verdient mit einer entehrenden Strafe dafür zu büßen.

Aber nicht allein die Strafen, welche den Beleidiger erwarten, sind unzureichend, auch die Art und Weise, wie der Beleidigte sein Recht suchen muß, sind unzweckmäßig. Häufig bilden delikate Privat- und Familienangelegenheiten den Gegenstand der Beleidigung. Wer diese nicht der breiten Öffentlichkeit preisgeben will, der muß von vornherein auf den staatlichen Rechtsschutz verzichten, der ihm gar keine Garantien für diskrete Behandlung seiner Angelegenheit

gewährt. Darin muß zuerst Wandel geschaffen werden. Erst wenn die staatliche Gesetzgebung Einrichtungen getroffen hat, welche dem Beleidigten einen entsprechenden Rechtsschutz und ausreichende Genugtuung gewähren, kann der Staat mit strengen Maßregelungen an die Bekämpfung des Duells herantreten.

Nur wenn das Duell entbehrlich geworden ist, werden auch die Vernunftgründe, mit denen man in neuester Zeit gegen den Zweikampf ankämpft, Gehör finden. Ohne Zweifel ist es richtig, daß das Duell nichts zu beweisen vermag für die Ehre des Duellanten; denn auch einer, dem das Prädikat „Ehrenmann" nicht zukommt, kann sich duellieren, und gar häufig hat gerade der Mangel an Ehrenhaftigkeit des einen Duellanten den Anlaß zum Zweikampf gegeben. Niemand wird ferner bestreiten wollen, daß das Duell ein höchst unsicheres Mittel ist, seinen Gegner für erlittene Unbill zu züchtigen, da der Ausgang des Duells nicht von der Ehrenhaftigkeit, sondern lediglich von der größeren Geschicklichkeit, wenn nicht vom Zufall abhängig ist.

Man kann über die Zweckmäßigkeit des Duells als Heilmittel der verletzten Ehre gewiß sehr verschiedener Ansicht sein. Was hilft aber dem einzelnen, der, sei es im allgemeinen, sei es im einzelnen vorliegenden Falle, von der Unzweckmäßigkeit des Duells überzeugt ist, diese Einsicht, wenn er nicht auch die Möglichkeit hat, danach zu handeln. Diese Möglichkeit ist aber allen denen entzogen, die in einer gewissen Gesellschaftsklasse leben, an die in dieser Gesellschaft herrschenden Anschauung gebunden oder gar infolge ihres Berufes dem unbedingten Duellzwang unterworfen sind.

Über die Zweckmäßigkeit des Duells zu entscheiden ist hier nicht der Platz, für uns genügt es zu konstatieren, daß

die Duellsitte besteht und noch auf lange Zeit hin bestehen wird. Wir kommen nicht darüber hinaus, daß für eine große Anzahl von Personen, falls sie in Ehrenhändel verwickelt werden, mindestens ein moralischer Zwang besteht, den Duellsitten sich zu fügen, wollen sie nicht aus der Gesellschaft, der sie bisher angehörten, ausgeschlossen werden oder gar ihre Stellung und ihren Verdienst verlieren.

Angesichts dieser Tatsache dürfte es interessieren, ob und in welchem Umfange die Rechtsordnung denen, die sich diesem vom Staate stillschweigend geduldeten Zwange unterwerfen, zivilrechtlichen Ersatz für den im Duell erlittenen Schaden gewährt.

Die Literatur über die zivilrechtliche Seite des Zweikampfes ist eine außerordentlich beschränkte, so daß die Frage berechtigt erscheint, ob die Gewährung eines Schadensersatzes beim Zweikampf dem praktischen Bedürfnisse und der Billigkeit entspricht. Ohne Zweifel liegt die praktische Bedeutung des Zivilersatzes nicht in den eventuellen Ansprüchen des verletzten Duellanten, sondern vielmehr in den Rechten dritter Personen, insbesondere der Familienangehörigen des im Duell Gefallenen, die durch die Tötung ihres Ernährers beraubt sind.

Die nämlichen Rücksichten auf die gesellschaftlichen Anschauungen und die Duellsitte, die den Duellanten zum Zweikampf bewogen, werden ihn abhalten, von seinem Gegner einen Schadensersatz zu verlangen. Es widerspricht die Annahme einer Geldentschädigung dem im Duell zum Ausdruck gebrachten Grundsatze: lieber seine Gesundheit und selbst das Leben zu opfern, als eine Minderung an der Ehre dulden zu wollen. Gerade durch die Verachtung aller äußeren Güter soll sich der Duellant ja die Anerkennung seiner Ehren-

haftigkeit von seinem Gegner erzwingen. Dem widerspricht aber das Verlangen einer Geldentschädigung von Grund aus.

Mag sonach die Geltendmachung eines Ersatzanspruches durch den Duellanten etwas ganz Außergewöhnliches sein, so ist es doch nicht ausgeschlossen, daß ein Duellant, der Duellsitte nicht achtend, seinen Kavalierstandpunkt verläßt oder in drückender Not einen derartigen Anspruch gegen seinen ehemaligen Duellgegner erhebt. Wir müssen deshalb auch diese Ansprüche in den Kreis unserer Untersuchung ziehen, um so mehr als eine prinzipielle Verweigerung jeglichen Schadensersatzes der Billigkeit nicht entspricht.

All diese gesellschaftlichen Rücksichten, welche den Duellanten abhalten, gegen seinen Gegner mit Klage vorzugehen, fallen bei den mittelbar verletzten dritten Personen, die durch die Tötung einen Schaden erlitten haben, weg. Auch vom Standpunkte der Billigkeit verdienen diese Ansprüche Berücksichtigung, denn es fordert die Gerechtigkeit, daß derjenige, der seinen Gegner im Duell schuldhafterweise getötet hat, die gänzlich unbeteiligten Angehörigen desselben wenigstens von materiellen Sorgen befreit. Schon wegen dieser letzteren Ansprüche allein wird man daher der Frage des Zivilersatzes im Duell die praktische Bedeutung nicht versagen können.

Von einigen nicht nennenswerten Ausnahmen abgesehen, hat sich die Gesetzgebung mit der zivilrechtlichen Seite des Zweikampfes nicht befaßt und damit der Wissenschaft die Lösung dieser Streitfrage anheimgegeben. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat, so wünschenswert dies auch gewesen wäre, keine Sondervorschriften auf diesem Gebiete erlassen, sondern die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis überlassen. Wir sind daher nach dem heutigen Stande der Ge-

setzgebung darauf angewiesen, die Frage des Schadensersatzes wegen Körperverletzung und Tötung im Duell nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden, und zwar nach Rechtsgrundsätzen, die nicht erst vom Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen, sondern von diesem bereits aus dem früheren Rechte übernommen worden sind. Die hier in Betracht kommenden Rechtssätze haben im Verlaufe der Zeiten und namentlich durch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst derartig wesentliche Umgestaltungen erfahren, daß ihr wahrer Inhalt aus der veränderten äußeren Gestalt nur bei Prüfung der historischen Entwicklung richtig erkannt werden kann.

Es erschien daher angezeigt, unsere Streitfrage auch aus dem Gesichtspunkte des bisherigen Rechtes, und zwar unter besonderer Berücksichtigung des gemeinen Rechtes zu betrachten.

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung sind die zivilrechtlichen Ersatzansprüche wegen Tötung und Verletzung im Zweikampf. Als Zweikampf definieren wir den vereinbarten, nach bestimmten, hergebrachten oder festgesetzten Regeln sich vollziehenden Kampf mit gleichwertigen Waffen zwischen zwei Personen.[3]) Die vom Strafgesetzbuche veranlaßte Unterscheidung in Zweikämpfe mit tödlichen und nichttödlichen Waffen ist für den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch nicht von prinzipieller Bedeutung. Mit gutem Rechte hat sich unseres Erachtens die Literatur fast einstimmig gegen die vom Reichsgericht vertretene Anschauung ausgesprochen, daß auch die studentische Schlägermensur als Zweikampf mit tödlichen Waffen zu betrachten sei. Die Waffe selbst, sowie insbesondere ihr Gebrauch und die dabei zur

---

[3]) Frank, Komm., Vorwort zum 15. Abschn.

Anwendung kommenden Schutzvorrichtungen lassen den Schläger nicht als tödliche Waffe erscheinen. Nichtsdestoweniger bleibt aber die Schlägermensur ein Duell im Sinne unserer Definition, da ja die Tödlichkeit der Waffe keine Voraussetzung beim Zweikampf ist.

Für den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch ist es gleich, ob die den Schaden verursachende Verletzung mit einer tödlichen oder nichttödlichen Waffe beigebracht wurde; hier handelt es sich nur um die Frage, ob der im Duell dem Gegner zugefügte Schaden vom Täter ersetzt werden muß, oder ob die besonderen Umstände, unter denen die Verletzung erfolgte, ausnahmsweise eine Entschädigung nicht angezeigt erscheinen lassen. Diese Umstände sind aber die gleichen, mag es sich um Duell mit tödlichen oder nichttödlichen Waffen handeln.

Es wird daher in unseren Abhandlungen der studentischen Schlägermensur ein gesonderter Raum nicht angewiesen werden.

I. Teil.

Die Zeit vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Lediglich das württemberg. Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. 9. 1839 und das bad. Gesetz vom 6. 3. 1845 enthalten ausdrückliche Vorschriften über den Schadensersatz bei Körperverletzung und Tötung im Duell. Ersteres weist in Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3 jede Entschädigung rundweg ab, letzteres verweigert zwar dem Duellanten den Schadensersatz, spricht ihn dagegen in Art. 13 dritten Personen zu. Weder das gemeine Recht noch auch die in Deutschland bestehenden neueren Kodifikationen, von denen vor allem das preuß. allgem. Landrecht und der Code civil einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden sollen, enthalten eine ausdrückliche Vorschrift über zivilrechtliche Schadensersatzansprüche beim Zweikampf. Wir müssen daher für diese drei großen Rechtsgebiete unter Zugrundelegung der allgemeinen Vorschriften über Verletzung der Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Integrität der Frage nähertreten, inwieweit auch bei Verletzungen im Duell diese allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung kommen.

§ 1.

Allgemeine Vorschriften über die Verletzung der Körperintegrität.

A. Gemeines Recht.

Besondere Schwierigkeiten bietet das gemeine Recht insofern, als hier auch die Vorschriften über den Schadensersatz bei Verletzung der Körperintegrität nur sehr mangelhafte und für die Anforderungen der Neuzeit gänzlich unzureichende waren. Was aus dem römischen Rechte überliefert worden war, hat durch Gesetzesinterpretation und Gewohnheitsrecht mannigfache Erweiterungen erfahren, um den veränderten Verhältnissen angepaßt zu werden; doch haben die auf diese Weise herausgebildeten Rechtssätze nur zum Teil allgemeine Anerkennung gefunden.

Die allgemeinen anerkannten Ersatzansprüche der lex Aquilia waren sehr beschränkt, sowohl was den Umfang der Ersatzpflicht, als auch was den Personenkreis der Ersatzberechtigten anlangt. Hiernach erstreckt sich der zu ersetzende Schaden lediglich auf den erlittenen Vermögensschaden, also auf den Ersatz der Kurkosten, des versäumten Erwerbes und auf Entschädigung wegen verminderter Erwerbsfähigkeit. Gegen die Gewährung einer Geldentschädigung wegen erlittener Schmerzen und Entstellung hat man sich vom Standpunkte des römischen Rechts auf die Bestimmung der l. 7 D. 9, 3 [1]) berufen, die einer Gewährung des Schmerzensgeldes entgegensteht. Gleichwohl hat aber die

[1]) Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. OAG. Wiesaden, Seuff. Arch. XIII., 31.

gemeinrechtliche Praxis sich aus Billigkeitsgründen für die Zubilligung desselben entschieden.[2])

Was den Personenkreis der Ersatzberechtigten anlangt, stand auf Grund der lex aquilia lediglich dem unmittelbar Verletzten ein Ersatzanspruch zu, da nur dieser zur Erhebung der Klage berechtigt war. Nur insoweit ein Anspruch beim Tode des Verletzten bereits rechtshängig war, konnte er auch von den Erben weiter verfolgt werden. Damit ist der Ersatzanspruch von selbst auf die Körperverletzung beschränkt, während er bei der Tötung vollständig versagt. Die Witwe, die Kinder und sonstige alimentationsberechtigte Personen, welche durch den Tod des Verletzten einen Schaden erlitten hatten, konnten diesen Schaden nach der lex aquilia nicht geltend machen. In dem Bestreben, dem wohl billigen Verlangen nach Ersatz eines solchen Schadens Rechnung zu tragen, hat man in der gemeinrechtlichen Praxis den Versuch gemacht, auch diese Ansprüche unter das aquilische Gesetz zu bringen, und dabei Bezug genommen auf l. 7 pr. Dig. 9, 2.[3])

Die herrschende Ansicht und mit ihr das Reichsgericht hat sich gegen diese Auffassung gewandt, aber gleichwohl den Ersatzanspruch gewährt, jedoch nicht auf Grund einer römischrechtlichen Bestimmung, sondern „in Erweiterung der römischen Bestimmungen und im Geiste und im Sinne derselben".[4]) Mit der gleichen Begründung spricht sich auch die Entscheidung des Reichsgerichtes im Bd. 7 S. 139 für die Gewährung einer Entschädigung aus: „Ein weiteres Eingehen

---

[2]) Auch das RG. ist in einer Entsch. (s. S. A. XXXVIII, 121) dieser Anschauung beigetreten.

[3]) Qua actione patrem consecuturum ait quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus.

[4]) Entsch. d. RG. I S. 90.

auf die Streitfrage — ob dritte Personen Ansprüche aus dem aquilischen Gesetz herleiten können — ist nicht erforderlich, denn es steht außer allem Zweifel, daß ein allgemeiner deutscher Gerichtsbrauch den Angehörigen eines widerrechtlich Getöteten einen selbständigen Anspruch auf lebenslängliche Unterstützung gewährt."

Neben diesen Unterhaltsansprüchen dritter Personen kommen bei Tötung eines Menschen noch die Kosten der Beerdigung und der etwa versuchten Heilung in Betracht. Den Ersatz der ersteren hat die Praxis verneint, von der Ansicht ausgehend, daß diese Kosten stets entstehen, daß sie infolge der Tötung nur früher bestritten werden müssen, als dies sonst der Fall wäre. Dagegen ist der Ersatz der Kurkosten als ein bereits in der Person des Verletzten entstandener Anspruch allgemein anerkannt worden.

B. Allgemeines Landrecht.

Das preuß. allgem. Landrecht hat, wie die meisten neuen Gesetzgebungen, den Schadensersatz aus Körperverletzung und Tötung eines Menschen durch ausdrückliche Bestimmungen in Teil I Tit. 6 geregelt und dabei sowohl den Ansprüchen des unmittelbar Verletzten, wie auch dessen Angehörigen, welche durch die Tötung ihres Ernährers beraubt wurden, durch eine Reihe von Vorschriften Rechnung getragen.

Gleichfalls durch besondere Bestimmungen sind diese Ansprüche im österr.[5]) und im sächs.[6]) Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt.

---

[5]) §§ 1325 ff.

[6]) §§ 1483 ff.

C. Code civil.

Im Gegensatz hiezu enthält der code civil keine spezielle Vorschrift über den Schadensersatz aus Verletzung der körperlichen Integrität. Die rechtliche Grundlage für diese Ansprüche ist hier gegeben in der allgemeinen Vorschrift des Art. 1382, wonach jede Handlung, die einem anderen Schaden bringt, denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, zum Ersatze verpflichtet. Die allgemeine Fassung des Artikels ermöglicht es, diese Vorschrift sowohl auf die Ansprüche des unmittelbar Verletzten, sowie jedes Dritten, der durch die schädigende Handlung Schaden erlitten hat, anzuwenden.

Inhalt und Umfang der für die einzelnen Rechtsgebiete geltenden Vorschriften wird an einer späteren Stelle besprochen werden. Zunächst interessiert die Frage, ob und wie weit diese Bestimmungen auch Anwendung finden bei Verletzung und Tötung im Duell. Die Lösung dieser Frage hat Theorie und Praxis vorwiegend aus dem Gesichtspunkte der mangelnden Widerrechtlichkeit versucht und sich dabei die Beantwortung zweier Fragen zur Aufgabe gemacht:

Wird durch die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit aufgehoben?

Ist in dem Gegenübertreten zum Zweikampfe eine Einwilligung in die Verletzung zu erblicken?

§ 2.

Einwilligung des Verletzten.

A. Römisches und gemeines Recht.

Den Gedanken, daß eine an sich widerrechtliche Handlung durch die Einwilligung des Geschädigten ihres rechts-

widrigen Charakters entkleidet wird, hat die gemeinrechtliche Wissenschaft in präziser Weise zum Ausdruck gebracht in dem Rechtssatze: volenti non fit injuria.[1])

Die allgemeine Geltung dieses Rechtssatzes ist eine vielbestrittene, und gerade für das hier in Frage stehende Gebiet, wenn die Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit in Betracht kommen, vielfach verneint worden, da der einzelne nicht berechtigt sei, frei über sein Leben und seinen Körper zu verfügen.

Die Geltung dieses Rechtssatzes kann für das römische Recht nicht bestritten werden. Die gegenteilige Anschauung ist, soweit sie sich auf l. 13 pr. Dig. 9, 2 [2]) stützt, längst verworfen worden. Die Worte: dominus membrorum suorum nemo videtur könnten, aus dem Zusammenhang gerissen, wohl dahin ausgelegt werden, daß dem einzelnen ein Verfügungsrecht über Leib und Leben nicht zusteht, im Zusammenhang der Stelle besagen die Worte nur, daß diese Rechtsgüter keine Vermögensobjekte sind und aus diesem Grunde zum Schutze dieser Rechte nicht die actio directa gegeben werden konnte.

Quellenmäßig läßt sich weder die Geltung unseres Satzes beweisen, noch auch dessen Verwerfung rechtfertigen. Der Fall, welchen Breithaupt[3]) und Pernice für die Geltung desselben anziehen, daß ein Sklave, welcher seinen Herrn auf Verlangen tötet, straflos bleibt, kann hier nicht in Betracht

---

[1]) Ulpian l. I § 5 Dig. 47, 10: nulla iniuria est, quae in volentem fiat.

[2]) Liber homo suo nomine utilem aquiliae habet actionem, directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.

[3]) Breithaupt, Volenti non fit iniuria, Berlin 1891, S. 8; Pernice, Labeo, Halle 1878, S. 31.

kommen, da der Sklave seinem Herrn zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet war und es daher auf seinen Willen gar nicht ankam. Er war nicht selbst Täter, sondern nur Mittel zum Selbstmord seines Herrn. Ebensowenig kann die gegenteilige Ansicht aus l. 4, 2 Dig. 48, 8[4]) bewiesen werden. Diese Stelle enthält eine Sonderbestimmung und kann daher nicht verallgemeinert werden. Nicht wegen der Körperverletzung soll hier Strafe eintreten, sondern wegen des in diesem Delikte enthaltenen Verstoßes gegen Religion und Rechtsordnung.[5])

Mangels einer generellen Bestimmung über die Einwilligung des Verletzten hat die Wissenschaft aus der Straflosigkeit des Selbstmordes den Schluß gezogen, daß der einzelne, wenn er selbst über seinen Körper und sein Leben frei verfügen könne, auch einem anderen einen Eingriff in diese Rechtsgüter gestatten könne.

Selbstmord und Selbstverstümmlung sind im römischen Rechte prinzipiell straffrei gewesen. Nur beim Soldaten sind diese Handlungen mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse und die Disziplin im Herre unter Strafe gestellt. l. 38, 12 Dig. 48, 19[6]) und l 6, 7 Dig. 49, 16[7])

Man hat versucht, auch diese Bestimmungen gegen die Geltung des Satzes volenti non fit iniuria ins Treffen zu führen. Doch ganz mit Unrecht. Gerade aus diesen Sonderbestimmungen, welche ausnahmsweise Selbstmord und Selbst-

---

[4]) Nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet neve quis se sponte castrandum praebere debet.

[5]) Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten, Grünhuts Zeitschrift Bd. 27 S. 703.

[6]) Milis qui sibi manus intulit ... capite puniendus est.

[7]) Qui se vulnerat, vel alias mortem sibi conscivit, capite puniatur.

verstümmlung bestrafen, und gerade aus der Beschränkung auf die Soldatenklasse geht hervor, daß das römische Recht eine allgemeine Beschränkung des einzelnen, über Leib und Leben zu verfügen, nicht gekannt hat. Die Römer erblickten im Selbstmorde weder einen Verstoß gegen die Moral, noch ein Vergehen gegen die Religion; im Gegenteil galt es für ehrenvoll, sich einem schmählichen Leben durch den Tod zu entziehen.

Mit Änderung dieser moralischen und religiösen Anschauungen mußte notwendig auch eine Änderung der rechtlichen Anschauungen eintreten. Den ersten Anstoß hierzu gab das kanonische Recht, welches im Selbstmord ein Verbrechen gegen Gott erblickte und ebenso wie den Selbstmord, so auch die Tötung des Einwilligenden als Verbrechen betrachtete. Unter dem Einfluß des kanonischen Rechtes begannen Moral und Philosophie ihre Einwirkung auf unsere Frage und schufen die Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern. Bei allen unveräußerlichen Rechten, und zu denen zählte man in erster Linie das Leben und die körperliche Integrität, galt der Einwilligende nicht befugt, über das Rechtsgut zu verfügen, seine Einwilligung in die Verletzung war daher bedeutungslos.

Dieser Anschauung gegenüber wurde geltend gemacht, daß die Gesichtspunkte der Moral und Ethik, wonach die Hingabe des Lebens etwas Verwerfliches ist, vom Standpunkte des Rechtes keine Berücksichtigung finden können. Soweit nicht das Gesetz die Vernichtung dieser Rechtsgüter verbietet, kann der einzelne nach Belieben darüber verfügen. Aber auch daraus, daß der einzelne diese Rechtsgüter nicht veräußern könne dergestalt, daß er diese Güter auf einen anderen übertrage, gehe nicht hervor, daß er auch nicht auf

dieselben verzichten oder in deren Vernichtung durch einen anderen einwilligen könne. Aus der Unveräußerlichkeit dürfe daher nicht auf die Unrichtigkeit des Satzes v. n. f. i. geschloßen werden, der Satz habe vielmehr allgemeine Geltung.[8])

Diese letztere Anschauung hat eine Einschränkung erfahren insofern, als bei gewissen Verletzungen trotz der Einwilligung des unmittelbar Getroffenen die Widerrechtlichkeit dann nicht beseitigt werden soll, wenn neben den Interessen des unmittelbar Verletzten noch rechtlich geschützte Interessen anderer in Betracht kommen oder die staatliche Gesetzgebung die betreffende Handlung trotz der Einwilligung des zunächst Geschädigten verbietet.

In dieser Einschränkung halte ich den Satz v. n. f. i. auch nach dem jetzigen Stande der Wissenschaft für richtig und praktisch verwendbar.

Damit ist für die Geltung unseres Satzes hinsichtlich der einzelnen Rechtsgüter die strafrechtliche Gesetzgebung von ausschlaggebender Bedeutung.

II. Der Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuches.

Bei Tötung eines Einwilligenden hat das Reichsstrafgesetzbuch seinen Standpunkt klar zum Ausdruck gebracht in § 216, indem dort unabhängig vom Willen des Verletzten die Tötung auch dann unter Strafe gestellt wird, wenn der Verletzte die Tötung ernstlich verlangt. Tötung auf Verlangen und Einwilligung in die Tötung sind keine identischen Begriffe. In ersterem Falle geht die Absicht das Leben zu vernichten vom Inhaber des Rechtsgutes aus, im letzteren

---

[8]) Wächter, Gerichtssaal Bd. II S. 1ff.

Fall von einer dritten Person, dem Täter. Wenn aber die Rechtsordnung selbst im Falle des ernstlichen Verlangens dem Willen des Rechtsinhabers eine die Rechtswidrigkeit aufhebende Wirkung nicht beimißt, so ist dies umsoweniger zu erwarten bei der bloßen Einwilligung.

Für das Tötungsdelikt hat das Gesetz die Wissenschaft in feste Bahnen verwiesen, nicht so bei der Körperverletzung. Hier stehen sich die Anschauungen nach wie vor feindlich gegenüber.

Der Staat bedürfe zu seinem Bestehen des Lebens der Bürger und verlange daher mit Recht, daß sie ihr Leben erhalten und ihre Gesundheit, damit sie ihre Verpflichtung gegen ihre Mitmenschen und den Staat erfüllen können.[1])

Eine andere Meinung behandelt die Einwilligung bei Körperverletzung in Analogie des § 216 StGB. und beruft sich zur Begründung auf die Motive hierzu, auf das Sittengesetz, daß das Leben ein unveräußerliches Gut sei. Ebenso wie das Leben sei aber auch die körperliche Integrität unveräußerlich, daher eine Einwilligung in die Verletzung contra bonos mores und rechtlich unbedeutsam.

Diese beiden Gründe reichen meines Erachtens nicht einmal hin, die Vorschrift des § 216 unter allen Umständen zu rechtfertigen, viel weniger sind sie imstande, eine analoge Anwendung dieses Prinzips für Körperverletzung zu rechtfertigen.

Wenn wir uns vergegenwärtigen, daß, wer die Tötung verlangt, wohl sehr triftige Gründe dazu haben muß, dieses dem Menschen so teure Gut preiszugeben, daß in den meisten

---

[1]) So auch **Breithaupt**, v. n. f. i. S. 35.

Fällen ein unheilbares Leiden, jahrelanges Siechtum, unerträgliche körperliche Schmerzen und nur die völlige Verzweiflung an der Besserung des gegenwärtigen Zustandes den Menschen zu diesem Verlangen bewegen können, so wird man die Handlungsweise dessen, der in edlem Mitgefühl seinen Nächsten von qualvollem Leiden erlöst, nicht immer unsittlich nennen können. Gerade bei dieser Tat bilden oft edle, sittliche Beweggründe das treibende Moment. Es ist daher diese Begründung der Motive in den meisten Fällen eine unzutreffende. Aber auch das Interesse des Staates an dem Fortbestand einer solchen Existenz, die den Mitmenschen und dem Gemeinwesen als solchem nicht mehr von Nutzen sein kann, dürfte nicht ausschlaggebend sein.

Wenn wir dessen ungeachtet gleichfalls nicht für die Aufhebung der Strafbarkeit bei Tötung eines Verlangenden eintreten, so sind uns andere Gründe maßgebend. Ohne Zweifel würden sich mit Aufhebung der Strafbestimmung des § 216 die dort bezeichneten Fälle bedeutend vermehren. Trotz des ernstlichen ausdrücklichen Verlangens ist die Tötung nicht immer im wahren Interesse des Verlangenden gelegen. Es wäre äußerst bedenklich, wollte es das Gesetz zulassen, daß auf den Wunsch eines Schwerverletzten jeder vom Mitleid ergriffene Dritte dem Bittenden den Todesstoß versetzte. Wie oft verlangt nicht ein Mensch, von heftigen Schmerzen gepeinigt, seiner Sinne nicht mehr mächtig, den Tod. Wie manch hoffnungsvolles Leben würde vernichtet, fände sich immer einer, der diesem Wunsche entspräche.

Bei der Unwiederbringlichkeit des in Betracht kommenden Rechtsgutes ist es geboten, daß der Staat sein Augenmerk darauf richtet, eine Vermehrung dieser Fälle zu verhindern. Das wird aber am sichersten erreicht, wenn sich der Täter

bewußt ist, daß er für seine Tat Rechenschaft abzulegen und eventuell Strafe zu gewärtigen hat.

Ich kann daher Keßler,[2]) welcher de lege ferenda für die Streichung des § 216 eintritt, nicht beistimmen, wenn ich auch gerne zugestehe, daß die angedrohte Mindeststrafe durchaus nicht den Verhältnissen entspricht.

Die Gründe, welche die Beibehaltung der Strafbarkeit bei Tötung eines Verlangenden rechtfertigen, sind meines Erachtens bei der Körperverletzung eines Einwilligenden nicht gegeben. Es ist daher unlogisch, die Sondervorschrift des § 216 auch auf Körperverletzung analog anwenden zu wollen. Bedauerlicherweise hat das RG. in seinen Entsch. vom 15. 11. 1880 und 22. 2. 1882 die Einwilligung in Körperverletzung für belanglos erklärt. Mit Recht ist diese Anschauung des Reichsgerichts von Anfang an bis auf den heutigen Tag heftig bestritten worden.

Außer Zweifel steht, daß die Vorschriften des 17. Abschnittes in erster Linie den Schutz des Einzelindividuums bezwecken und die dort bezeichneten Handlungen nicht mit Rücksicht auf das Gemeinwohl, sondern vielmehr mit Rücksicht auf den einzelnen unter Strafe gestellt sind. Schon diese Erwägung müßte dazu führen, die Einwilligung des Verletzten nicht ganz außer Betracht zu lassen. Das Gesetz kennt nur einen Fall, in dem es die Rechte des Staates an der körperlichen Integrität seiner Bürger schützen will. Es ist dies § 142 StGB. Dieser Paragraph bezweckt nicht den Schutz des einzelnen, sondern schützt das Interesse des Staates an wehrfähigen Landesverteidigern und kann als Ausnahme-

---

[2]) Keßler, Die Einwilligung des Verletzten, Berlin und Leipzig 1884 S. 82 ff.

bestimmung ebensowenig verallgemeinert werden, wie das im gleichen Paragraphen festgelegte Verbot der Selbstverstümmlung zum Zwecke der Untauglichmachung dazu führen wird, die Selbstverstümmlung ganz allgemein unter Strafe zu stellen.

Der Widerspruch der reichsgerichtlichen Anschauung mit den Bestimmungen unseres Gesetzbuches erhellt aus den Konsequenzen dieser Anschauung, die zu Resultaten führen, die dem gesunden Rechtsgefühle Hohn sprechen. Eine Nichtberücksichtigung der Einwilligung müßte dazu führen, daß der, welcher einem anderen mit dessen Einwilligung ein wichtiges Glied seines Körpers raubt, mit Zuchthaus von zwei bis zehn Jahren, wer dem andern auf Verlangen das ungleich wertvollere Gut des Lebens nimmt, nur mit Gefängnis bis zur Höchstdauer von fünf Jahren bestraft wird.[3])

Noch augenfälliger ist ein Vergleich der §§ 225 und 142 RStGB. Während die beabsichtigte schwere Körperverletzung eines Einwilligenden unter allen Umständen mit Zuchthaus von zwei bis zehn Jahren geahndet werden müßte, hat der, welcher den andern zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, was ja in der Regel nicht ohne schwere Verletzung möglich ist, nur eine Gefängnisstrafe von einem bis fünf Jahren zu gewärtigen.[4])

---

[3]) Breithaupt (S. 62), der die Anschauung des RG. billigt, tröstet sich allerdings damit, daß § 225 vor die Geschworenen gehört, welche, vor der Schwere der Strafe zurückschreckend, den Angeklagten für nicht schuldig erklären werden. Diese Verteidigung ist m. E. schlimmer wie die schlimmste Anklage, denn es ist doch ein schlechter Trost, sich darauf zu verlassen, daß die Richter vernünftiger und gerechter sein werden wie das Gesetz.

[4]) Nach Breithaupt (S. 64) hat § 142 nur leichte Körperverletzung im Auge. Im Falle einer schweren Verletzung sei § 225 in Idealkonkurrenz zur Anwendung zu bringen. Diese Anschauung ist zweifellos

Eine logische Folge der Anschauung des Reichsgerichts wäre es auch gewesen, Verletzungen bei Operationen zu bestrafen, d. h. den Arzt für jede Operation, auch wenn er dabei dem Patienten das Leben rettet, einzusperren. Die Widersinnigkeit dieses Resultats hat dazu geführt, für die Straflosigkeit des Arztes einen anderen Grund zu suchen, und man hat ihn darin zu finden geglaubt, daß man sagte, nicht die Einwilligung des Verletzten, sondern der sittliche Zweck, die Heilung des Patienten beseitigt die Rechtswidrigkeit. Das ist nicht richtig. Hat doch das Reichsgericht selbst anerkannt, daß eine Operation ohne Einwilligung des Patienten nicht vorgenommen werden darf. Nicht das Gutdünken des Arztes, oder die Notwendigkeit, bezw. Zweckmäßigkeit der Operation vom Standpunkte der Wissenschaft soll entscheiden, sondern der Wille des Patienten.

Nicht der sittliche Zweck, wohl aber die Einwilligung des Patienten nehmen der Verletzung den Charakter der Rechtswidrigkeit.

Schon die verschiedenen Schwierigkeiten und ungeheuerlichen Resultate, welche sich aus der Verneinung des Satzes v. n. f. i. bei Körperverletzungen ergeben, zeigen, daß die Verwerfung nicht im Sinne unseres Gesetzes ist. In § 216 RGB. hat der Gesetzgeber ausnahmsweise der Einwilligung des Verletzten die ihr sonst zukommende Bedeutung, d. i. Ausschluß der Rechtswidrigkeit genommen, und trotz der Einwilligung die Verletzung unter Strafe gestellt. § 216 ist nicht der Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, sondern eine Ausnahme von der Regel v. n. f. i. Hätte der Gesetzgeber

---

unrichtig. § 142 straft nicht die Körperverletzung, weder die schwere noch die leichte, sondern straft die Untauglichmachung zur Erfüllung der Wehrpflicht.

auch bei der Körperverletzung der Einwilligung des Verletzten ihre Bedeutung entziehen wollen, so hätte dies durch eine Sonderbestimmung wie in § 216 geschehen müssen. Eine derartige Bestimmung ist aber nicht vorgesehen und meines Erachtens mangels eines praktischen Bedürfnisses nicht nötig.

Das für das Gebiet des Strafrechtes gewonnene Resultat bietet auch die Grundlage für die Beantwortung unserer Frage im Zivilrechte. Insoweit eine Handlung nach den Bestimmungen des Strafrechtes trotz der Einwilligung des Verletzten eine strafbare bleibt, soweit kann auch für das Zivilrecht die Einwilligung des Verletzten die Widerrechtlichkeit dieser Handlung nicht aufheben.

Es bleibt sonach die Tötung, trotz Einwilligung des Verletzten eine widerrechtliche, den Täter zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, während bei Körperverletzung sowohl Widerrechtlichkeit wie zivilrechtliche Haftung durch die Einwilligung in Wegfall kommen. Es wäre also, die Einwilligung beim Duell vorausgesetzt, der Duellant für den durch die Tötung verursachten Schaden verantwortlich, während bei bloßer Verletzung die Ersatzpflicht entfällt.

C. Einwilligung in die Verletzung beim Duell.

Bis in die jüngste Zeit herein hat sich die überwiegende Meinung in Wissenschaft und Praxis auf den Standpunkt gestellt, daß, wer sich den Gefahren des Duells aussetzt, in die Verletzung und Tötung einwillige und daher eine Entschädigung nicht verlangen könne.

In der Tat hat diese Anschauung auf den ersten Blick etwas Bestechendes, und es kann nicht wunder nehmen, daß man lange Zeit hindurch unbedenklich die Einwilligung des Verletzten als vorhanden angenommen hat. Erfahrungsgemäß

pflegen Duelle, insbesondere mit der blanken Waffe, mit einer mehr oder minder großen Verletzung des einen, wenn nicht beider Duellanten zu enden. Es muß also jeder, der zum Zweikampf antritt mit der Möglichkeit einer Verletzung rechnen. Wenn er nun trotz dieses Bewußtseins sich auf den Zweikampf einläßt, so scheint er in die Verletzung, oder je nach der Schwere des vereinbarten Kampfes, auch in die Tötung einzuwilligen. Und doch scheint es nur so zu sein. Deutlich erkennbar wird dieser Trugschluß, wenn man das Verhalten des Duellanten mit dem eines schwer Kranken vergleicht, der in die Tötung einwilligt. Beide wissen, daß der, welcher ihnen gegenübertritt, eine Handlung vornehmen wird, deren Endzweck die Verletzung bezw. Tötung ist. Während aber der erstere den Täter ruhig gewähren läßt, setzt der Duellant alles daran, was in seiner Macht steht, und ihm nach den Regeln des Zweikampfes erlaubt ist, um seine Verletzung zu verhindern, er sucht sogar seinerseits den Gegner unschädlich zu machen, um ihn so an der Verletzung zu hindern. Wer aber alles aufbietet, eine Verletzung seiner Person zu hindern, von dem kann man doch nicht sagen, er willigt in die Verletzung.

Die entgegenstehende Ansicht hat in Mitte des vergangenen Jahrhunderts nicht nur die Literatur beherrscht, sondern sogar Eingang gefunden in die partikularrechtliche Gesetzgebung. Das württemberg. Gesetz vom 5. 9. 1839 hat zu dieser Frage Stellung genommen und wegen der „zweifellos vorhandenen Einwilligung“ jeden Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung im Duell verneint. Ja, man ging sogar so weit, selbst den Hinterbliebenen jeglichen Ersatzanspruch abzusprechen. In der Tat lag hierin eine Ungerechtigkeit, da ja die Einwilligung, wenn man schon eine solche annahm,

wohl die Rechte des Duellanten vernichten, niemals aber den Hinterbliebenen ihre selbständigen Rechte rauben konnte.

Diesen Mißstand hat das bad. Gesetz vom 6. 3. 1845, welches gleichfalls in dem Gegenübertreten zum Duell eine Einwilligung in die Verletzungen erblickte, richtig erkannt, und daher wohl dem Duellanten, nicht aber den dritten Personen den Entschädigungsanspruch versagt.

In der Literatur wird die Ansicht von der Einwilligung in die Verletzung beim Duell vertreten von Wächter im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 23.

In neuerer Zeit findet sich diese Anschauung vertreten bei Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen.[1]) Nach Linckelmann muß die Einwilligung nicht notwendigerweise den Zweck haben, die Schadenszufügung herbeizuführen; sie sei nichts anderes als die Gestattung, daß die schädigende Handlung vorgenommen werde. Diese Gestattung hält L. beim Duell für gegeben.

Auf ganz ähnlichem Standpunkte steht Keßler,[2]) nach dessen Ansicht gleichfalls beim Duell jedesmal die Einwilligung vorliegt. Nach Keßler besteht die Einwilligung „in nichts anderem, als im Wollen der Handlung, insbesondere nicht im Wollen des Erfolges“. Es hat also jeder, der in eine unter Umständen schädigende Handlung einwilligt, zugleich in jeden daraus entstehenden schädigenden Erfolg eingewilligt. Auf dieser Grundlage kommt denn auch Keßler zu dem unglaublichen Resultat, daß der Verletzte sogar in eine vom Täter fahrlässig begangene Körperverletzung und Tötung einwilligen kann. Ein öffentlich auftretender Kunstschütze hat

---

[1]) Linckelmann S. 78, Berlin 1898.

[2]) Keßler, Die Einwilligung des Verletzten, S. 90ff.

beim Tellschuß, statt des Apfels, den Kopf seines Gehilfen getroffen. Nach Keßler muß der Kunstschütze freigesprochen werden, wegen fahrlässiger Tötung eines Einwilligenden.[3]) Keßler übersieht hierbei doch, daß der Gehilfe lediglich in den Apfelschuß gewilligt hat, und daß demselben nichts ferner lag, wie sich töten zu lassen; im Gegenteil hat er den Schuß nur geduldet im festen Vertrauen auf die Geschicklichkeit seines Herrn. Wer aber bei Vornahme oder Duldung einer Handlung den einen Erfolg im Auge hat, von dem kann man doch nicht sagen, daß er von vornherein in einen anderen, vielleicht gegenteiligen Erfolg eingewilligt hat. Gerade dieses Beispiel hätte Keßler darauf bringen müssen, daß sich in seiner Deduktion ein Fehler befindet. Dieser Fehler liegt bereits in der Grundlage, von der er ausgeht. Die Einwilligung besteht nicht, wie Keßler annimmt, in dem bloßen Wollen einer Handlung, sondern setzt sich zusammen aus der Einwilligung in die Vornahme der Handlung, verbunden mit der übereinstimmenden Absicht des Täters und des Einwilligenden einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Wird dieser Erfolg nicht bewirkt oder tritt statt dessen ein anderer ein, auf den sich die Einwilligung nicht bezog, so ist die Herbeiführung dieses Erfolges nicht gewollt, und insoweit hierdurch ein rechtliches Interesse des andern verletzt wird, eine widerrechtliche. Zergliedert man nach diesen Gesichtspunkten das Verhalten des Duellanten, so willigt derselbe zweifellos in den Kampf bezw. in die Angriffshandlungen seines Gegners, doch willigt er nicht in die Verletzung; denn seine Absicht geht nicht dahin, verletzt zu werden, sondern seinen Gegner

---

[3]) § 216 RGB. greift nicht Platz und eine analoge Bestimmung für fahrlässige Tötung eines Einwilligenden gibt es nicht (Keßler S. 98.)

im Kampfe zu besiegen. An dem eben Gesagten scheitert auch der Versuch, von einer Einwilligung in die event. Verletzung beim Duell zu reden. Die Einwilligung setzt eine Willensübereinstimmung zwischen Täter und Verletztem voraus, eine bestimmte Handlung ausführen bezw. erdulden zu wollen. An diesen beiden Voraussetzungen fehlt es beim Duell. Weder der Täter noch der Verletzte wissen schon vor dem Duell, ob einer von ihnen und welcher verletzt wird, noch auch, wie diese Verletzung ausfallen wird; es fehlt also schon von vorneherein an einer bestimmten Verletzung, über die sich die Duellanten einigen könnten. Dann aber fehlt es auch an dem Willen sich zu einigen, da jeder den anderen verletzen, aber keiner verletzt werden will.

Wir kommen daher zu dem Resultate, daß in dem Gegenübertreten zum Duell eine Einwilligung in Tötung und Verletzung nicht erblickt werden kann, daß vielmehr Tötung und Verletzung im Duell als widerrechtliche Schadenszufügungen den Täter zum Ersatze verpflichten.

§ 3.

Vom konkurrierenden Verschulden.

I. Gemeines Recht.

A. Allgemeines.

Zur Begründung eines Schadensersatzanspruches ist erforderlich, daß die schädigende Handlung einerseits widerrechtlich zugefügt ist, andererseits dem Täter zur Schuld gerechnet werden kann. Doch nicht in jedem Falle einer widerrechtlichen schuldhaften Schadenszufügung ist der Täter ersatzpflichtig. Gerade so, wie der Verletzte aus einer an

sich rechtswidrigen Handlung eines anderen, dann keinen Schadensersatz geltend machen kann, wenn er in die Verletzung eingewilligt, so soll er auch aus dem schuldhaften Verhalten eines anderen keinen Anspruch erheben können, wenn er selbst den Schaden mitverschuldet hat. Das ist der Gedanke der l. 203 Dig. 50,17: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire. Seinem einfachen Wortlaute nach sagt dieser Satz nur selbstverständliches; denn es ist billig, daß jeder den selbstverschuldeten Schaden auch selbst trägt. Aber nicht nur, wenn der Geschädigte allein der Urheber des Schadens gewesen ist, soll dieser Schaden keine Berücksichtigung finden, sondern auch und gerade dann, wenn zwar ein anderer den Schaden verschuldet hat, der Geschädigte aber es versäumt hat, durch gehörige Sorgfalt den Schaden abzuwenden oder zu vermindern. Das eigene Verschulden des Geschädigten soll gegenüber dem Verschulden des Täters nicht unberücksichtigt bleiben. Das ist der Grundgedanke der Compensatio culpae.

Die Anschauungen über die rechtliche Begründung der Kulpakompensation gehen weit auseinander.

Demelius[1]) sieht in dem schuldhaften Nichtabwenden eines drohenden Schadens eine Willenskundgebung des Geschädigten, den drohenden Schaden erdulden zu wollen. Wenn nun, fährt Demelius fort, der Geschädigte den Schaden selbst will, so kann von einer iniuria nicht mehr die Rede sein, und der Geschädigte kann nach dem Grundsatze v. n. f. i. einen Ersatz nicht verlangen. Diese Anschauung Demelius beruht

---

[1]) Demelius, Über Kompensation der culpa, Jahrbücher für privatrechtliche Dogmatik S. 67.

auf der irrigen Voraussetzung, daß, wer einer drohenden Gefahr nicht sorgfältig ausweicht, den aus dieser Gefahr entstehenden Schaden herbeiführen will. Wir haben im vorausgegangenen Abschnitt darauf hingewiesen, daß selbst der, welcher sich der drohenden Gefahr klar bewußt ist, keineswegs in den Schaden einwilligt, um so weniger kann man eine Einwilligung bei dem voraussetzen, der die drohende Gefahr nur bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen können, und nur aus Mangel an Achtsamkeit den Schaden erlitten hat. Die Ansicht Demelius ist unzutreffend und daher auch einstimmig von der Wissenschaft verworfen worden.

Nach Mommsen[2]) entspricht in den Fällen des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten die Verweigerung des Schadensersatzes der Billigkeit, denn es ist „nichts natürlicher, als daß jeder die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selbst trägt." Diese Auffassung, welche auch Windscheid sich zu eigen gemacht hat, geht in ihren Konsequenzen zu weit und führt zu ungerechten Resultaten, da sie das Verschulden des Täters gänzlich unberücksichtigt läßt, und den ganzen Schaden dem fahrlässigen Beschädigten aufbürdet.

Eine dritte Meinung vertritt Pernice,[3]) Lehre von der Sachbeschädigung, der den „wahren Rechtsgrund der Kulpakompensation darin zu erblicken glaubt, daß die neglegentia des Beschädigten den Kausalzusammenhang zwischen der culpa des Schädigers und dem damnum in Frage stellt". Diese Ansicht hat Pernice selbst später widerrufen,

---

[2]) Mommsen, Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855, S. 145 ff. hier, S. 157.

[3]) Pernice, Lehre von der Sachbeschädigung, Weimar 1867, S. 60.

da er sie in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht für durchschlagend erachtet.[4])

Mit dem Hinweise darauf, daß nur in gewissen Fällen der mangelnde Kausalzusammenhang den Rechtsgrund für die Befreiung des Täters von der Haftung bildet, hat Pernice den rechten Weg gezeigt.

Um zu einem richtigen Resultate zu gelangen, wird man zwei Fälle streng unterscheiden müssen, die gemeinhin unter dem Begriffe der Kulpakompensation zusammengefaßt werden, und doch von einander grundverschieden sind.

1. Der Fall des mitwirkenden Verschuldens, der dann gegeben ist, wenn das schädigende Ereignis nicht möglich gewesen wäre, ohne die Unachtsamkeit des Verletzten. Beispiel l. 9 § 4 Dig. 9, 2.
2. Der Fall der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, welcher dann vorhanden ist, wenn bereits von seiten des Schädigers ein Eingriff in die Rechtssphäre unternommen und dadurch eine Bedingung zum Erfolg gesetzt ist, der Erfolg selbst, oder dieser doch in seiner ganzen Schwere, erst durch einen neu hinzutretenden, vom Verletzer ganz unabhängigen Umstand geschaffen wird. Beispiel l. 30 § 4 Dig. 9, 2

Es läßt sich an dieser Stelle nicht umgehen, mit einigen Worten die vielumstrittene Lehre des Kausalzusammenhanges zur Sprache zu bringen. Soviel Theorien auf diesem Gebiete auch schon aufgestellt worden sind, keine hat sich noch allgemeine Anerkennung zu verschaffen gewußt. Von den in neuerer Zeit aufgestellten Theorien hat die von Kries und

---

[4]) Pernice, Labeo, Halle 1878, S. 36 Anm. 16.

Rümelin[5]) vertretene Theorie der adäquaten Verursachung vom Standpunkte der objektiven nachträglichen Prognose viel Anklang gefunden. Nach dieser Theorie ist nur die Handlung für den Erfolg kausal, welche generell geeignet ist, den Erfolg zu bewirken (v. Kries). Ob die Handlung geeignet war, soll nicht vom subjektiven Standpunkt des Täters, sondern vom objektiven Standpunkte aus gewürdigt, und alle Umstände dabei in Betracht gezogen werden, welche zur Zeit der Tat bestanden hatten und für den Erfolg von Einfluß gewesen waren (Rümelin). Ob der Täter diese Umstände gekannt, oder ob sie damals überhaupt erkennbar waren, ist gleichgültig; es genügt, wenn diese Umstände im Momente der Tat vorhanden waren und für den Erfolg mit ausschlaggebend geworden sind. Der Täter haftet sonach für jeden Schaden, der die direkte Folge seiner Handlung ist, ob er ihn voraussehen konnte oder nicht.

Weinrich hat es unternommen, den Nachweis zu bringen, daß diese Theorie im wesentlichen mit dem römischen Rechte übereinstimmt, und deshalb jedenfalls für das Zivilrecht geeignet und berechtigt ist. Zum Beweis hierfür nimmt Weinrich Bezug auf l. 52 pr.[6]) und l. 7, 5 Dig. 9, 2.[7]) In ersterem Falle haftet der Täter wegen Tötung des Sklaven, wenn der Tod die direkte Folge der Schläge war und kein anderer hiervon unabhängiger Umstand mitwirkte. Nach

---

[5]) Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit, Leipzig 1888, Separatdruck; Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- u. Zivilrecht. Arch. f. ziv. Prax. XC S. 171 ff.

[6]) Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia, aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.

[7]) Sed si quis aegrotum servum leviter percusserit, et is obierit, recte Labeo dicit, lege Aquilia eum teneri.

letzterer Stelle haftet der Täter auch dann, wenn der Tod nur wegen einer krankhaften Veranlagung des Sklaven eintrat, und der Täter diesen Umstand gar nicht kannte. Es erscheinen hier vom Standpunkte der objektiv nachträglichen Prognose unter Berücksichtigung des krankhaften Zustandes auch die leichten Verletzungen geeignet, den Tod herbeizuführen, und deshalb muß dafür gehaftet werden.

Wesentlich anders liegt der Fall in l. 30 § 4 Dig. 9,2.[8]) In diesem Falle war unter Berücksichtigung aller zur Zeit der Verletzung bestehenden Umstände die Verletzung nicht geeignet den Tod herbeizuführen; der Tod wäre auch nicht erfolgt, ohne den neu hinzutretenden Umstand, die Nachlässigkeit. Hier ist der Tod nicht die Folge der Verletzung, sondern die Folge der Nachlässigkeit des Herrn.

Hier liegt ein Fall vor, in dem man von einer Unterbrechung des CZH. zu sprechen pflegt. Diese Bezeichnung wurde vielfach als unlogisch bekämpft, da entweder CZH. gegeben sei oder nicht. Die Einwendungen gegen diesen Ausdruck sind zweifellos berechtigt, da eine einmal bestehende Kausalkette nicht mehr unterbrochen werden kann. Gerade vom Standpunkt der adäquaten Theorie ist die Lehre von der U. d. CZH. auch vollkommen entbehrlich, da wir auf Grund dieser Theorie ohnehin schon zu einer Verneinung des CZH. kommen. Wenn wir gleichwohl den Ausdruck beibehalten wollen, so tun wir dies aus Zweckmäßigkeitsgründen, um für diese Klasse von Fällen, die uns wegen ihrer äußerlichen Ähnlichkeit mit den Fällen der Kulpakompensation im Laufe der Abhandlung noch öfter beschäftigen werden, eine kurze, allgemein geläufige Bezeichnung zu haben.

[8]) Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.

Mit gutem Recht haben Ruhm[9]) und Leyden[10]) darauf hingewiesen, daß diese letzteren Fälle, die wir oben in Ziff. 2 ausgeschieden haben, nicht unterm Gesichtspunkte der Kulpakompensation behandelt werden dürfen; denn hier befreit nicht ein Ausgleich des gegenseitigen Verschuldens den Täter von der Ersatzpflicht, sondern es kommt eine Haftpflicht des Täters infolge des mangelnden CZH. gar nicht in Frage.

Die gemeinrechtliche Doktrin hat sich daran gewöhnt, auch diese zweite Gruppe von Fällen unter den Rechtssatz der Kulpakompensation zu bringen. Dieser gemeinrechtlichen Gepflogenheit soll insoweit Rechnung getragen werden, als wir die zweite Gruppe zwar gesondert von der ersten, aber im Anschluß an diese besprechen wollen.

Beim Zweikampf liegt ohne Zweifel ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten vor. Der Duellant weiß, daß er von seiten seines Gegners einen Angriff auf seine körperliche Integrität zu gewärtigen hat; wenn er aber gleichwohl seinem Gegner gegenübertritt, so setzt er sich fahrlässig einer Verletzung aus und stellt dem Verschulden seines Gegners ein eigenes Verschulden gegenüber.

Über die Berücksichtigung des Größenverhältnisses des beiderseitigen Verschuldens sind die Ansichten geteilt.

Eine strengere Meinung[11]) hält jedes Verschulden des Beschädigten für hinreichend und versagt den Schadensersatz schon dann, wenn der Geschädigte bei Vermeidung des

---

[9]) Ruhm, Das eigene Verschulden des Verletzten, Greifswald 1898, S. 30.

[10]) v. Leyden, Kulpakompensation, Berlin 1902, S. 24.

[11]) Mommsen a. a. O. S. 257—259; Windscheid S. 157; Entsch. in Seufferts Arch. Bd. 35 Nr. 285 Bd. 44 Nr. 86.

Schadens nur in ganz geringem Maße fahrlässig gehandelt hat. Die andere Ansicht[12]) fordert aus Billigkeitsrücksichten ein Abwägen der Schwere des beiderseitigen Verschuldens und läßt den haften, der in höherem Maße die nötige Sorgfalt außer acht gelassen hat. Die letztere Ansicht bietet zweifellos den großen Vorzug, daß sie ermöglicht, durch ein billiges Abwägen der beiderseitigen Schuld, ein gerechtes Resultat zu erzielen. Sie ist daher auch in neuerer Zeit die herrschende geworden. Lediglich der Gedanke der Billigkeit war es, der dazu geführt hat, das eigene Verschulden des Verletzten dem Verschulden des Täters gegenüberzustellen, und der Ausdruck gefunden hat in dem Satze: quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire. Wenn aber der Satz selbst nur Billigkeitsrücksichten seine Entstehung verdankt, so muß er auch so angewandt werden, wie es die Billigkeit fordert. Das wäre aber dann sicher nicht der Fall, wollte man den Geschädigten für jedes, auch das kleinste Versehen, mit Entziehung des Schadensersatzanspruches büssen lassen, während die größere Schuld des Schädigers außer Berücksichtigung bleibt.

Dagegen soll nach der übereinstimmenden Ansicht das eigene Verschulden dem Verletzten dann nicht zum Schaden gereichen, wenn der Täter dolos gehandelt hat. Qui tamen data opera in eum jaculatus est utique Aquilia tenetur.[13]) Man hat in dieser Stelle einen quellenmäßigen Beleg dafür erblickt, daß auch die römischen Juristen bereits bei Kulpakompensation nach dem Grade der Kulpa unterschieden hätten. Ich halte diese Ansicht nicht für richtig, sehe vielmehr den

[12]) Dernburg II § 95 Note 11; Wendt, Eigenes Verschulden, in Jahrb. f. Dogm. 1891 S. 165 ff.

[13]) l. 9 § 4 Dig. 9, 2.

Rechtsgrund für die Nichtberücksichtigung der culpa des Verletzten gegenüber dem Dolus des Täters darin, daß dolus und culpa nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschiedene Begriffe sind, die sich zur Kompensation nicht eignen, da nur gleichartiges miteinander kompensiert werden kann; dolus dolo, culpa culpa compensatur. Hat jedoch auch der Verletzte sich selbst in dolo befunden, als er den Schaden erlitt, so soll er nach der allgemeinen unbestrittenen Anschauung seinen Ersatzanspruch verlieren. Eine Unterscheidung der Grade des dolus und eine Abstufung der Ersatzpflicht nach dem überwiegenden Verschulden ist bei beiderseitig dolosem Verhalten dem römischen Rechte fremd. Auch die gemeinrechtliche Praxis hat keine Neigung gezeigt hier, ähnlich wie bei kulposem Verhalten des Geschädigten, ein Abwägen des gegenseitigen Verschuldens vorzunehmen. Offenbar erscheint der Verletzte, wenn er selbst in dolo war, unwert der Billigkeitsrücksichten, welche dem fahrlässigen Verletzten zugute kommen. Quellenmäßig wird die Verwerfung jeden Ersatzanspruches des dolosen Beschädigten begründet durch l. 36 D. 4, 3.[14]) Damit ist über den Ersatzanspruch des Duellanten der Stab gebrochen.

B. Das konkurrierende Verschulden beim Duell.

a) Ersatzanspruch des Duellanten.

Der im Duell Verletzte hat nicht nur sich fahrlässigerweise der Gefahr ausgesetzt, sondern hat, als er den Schaden erlitt, sich selbst eines Dolus schuldig gemacht, da er seinerseits die Absicht hatte, seinen Gegner zu verletzen. Damit

---

[14]) Si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent.

hat er dem Dolus des Täters einen eigenen Dolus gegenübergesetzt und kann daher einen Ersatzanspruch nicht geltend machen.

Wenn auch stets auf beiden Seiten Dolus vorliegt, so entspricht die prinzipielle Versagung des Ersatzanspruches doch nicht in allen Fällen, besonders dann nicht, wenn das Duell in vorwiegendem Grade von seiten des Täters moralisch verschuldet worden ist.

Ganzhorn[1]) legt allein Gewicht auf das Gegenübertreten zum Zweikampf und will von dem Vorausgegangenen, d. i. der Herausforderung, der Annahme und insbesondere den Motiven des Duells ganz absehen. „Es wäre dies mühselig und mit juristischen Schwierigkeiten verknüpft, übrigens praktisch unnötig, da sich hier das Verschulden ebenfalls die Wage hält. Dem Herausforderer die Hauptschuld beizumessen, hat keinen Sinn, da dieser durch die Beleidigung gereizt wurde, und den anderen Teil außer der Beleidigung noch der Vorwurf trifft, die Herausforderung angenommen zu haben.“ Ganzhorn sieht eine sichere rechtliche Grundlage einzig mit dem Gegenübertreten zum Kampfe gegeben. Hier sei das beiderseitige Verschulden gleich groß und es entspreche der Billigkeit, daß das Verschulden des Beschädigten nicht außer acht gelassen wird.

Ohne Zweifel ist diese Auffassung Ganzhorns bequem und nicht mit Mühseligkeiten verbunden, daß sie aber der Billigkeit entspricht, wird man nur für den Fall zugeben können, daß das Verschulden des Verletzten das größere oder mit dem des Täters annähernd gleich war. Ein Ausgleich des Verschuldens mag gegeben sein, wenn der Beleidiger

---

[1]) Zivilersatz aus Zweikampf, Dissertation Göttingen 1897 S. 20 ff.

im Duell verletzt wird und damit die Strafe für die zugefügte Kränkung erleidet. Wie steht es aber, wenn der in seinem Ehrgefühl schwer Verletzte, etwa der betrogene Ehemann, im Duell zum Krüppel geschossen wird? Soll hier wirklich sein Verschulden, nämlich daß er den Gegner zum Zweikampf gefordert hat, das ungleich größere Verschulden des anderen aufheben? Gewiß nicht. In diesem Falle entspricht es der Billigkeit, daß gerade das Verschulden des Täters nicht ganz außer acht gelassen wird. Ein billiges Resultat ist eben nur zu erzielen unter Berücksichtigung aller Umstände, und da vom Momente des Gegenübertretens an das beiderseitige Verschulden ein gleiches ist, gerade unter Berücksichtigung der Vorgeschichte des Duells.

Wenn wir gleichwohl für das gemeine Recht prinzipiell zur Versagung des Ersatzanspruches im Duell gelangt sind, so können wir dieses Resultat nicht als ein für jeden Fall befriedigendes bezeichnen, und sind eben nur gezwungen, so zu entscheiden, da das Gesetz keine Möglichkeit gewährt, nach dem überwiegenden Verschulden des einen oder anderen die Schadenslast zu verteilen. Der Verletzte hat selbst dolos gehandelt und dadurch seinen Ersatzanspruch verloren.

Von den Fällen des mitwirkenden Verschuldens haben wir zu Eingang dieses Abschnittes die Fälle der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges unterschieden. Auch das Duell kann so gelagerte Fälle zur Folge haben. Wir haben schon an einer früheren Stelle darauf hingewiesen, daß in diesen Fällen zwischen der Handlung des Verletzers und dem schließlichen Erfolg ein CZH. überhaupt nicht besteht. Mangels eines solchen kann von einer Haftung nicht die Rede sein. Für gewöhnlich haftet der Täter eben

nur für den durch seine Handlung bis zum Eintritt des neuen Ereignisses entstandenen Schadens. Im Duell fällt nach dem oben Gesagten auch dieser Anspruch weg.

b) Ersatzanspruch dritter Personen.

Bei der Tötung eines Menschen haben wir zweierlei Ansprüche unterschieden. Ansprüche, welche in der Person des Getöteten selbst entstanden sind, und Ansprüche dritter Personen auf Alimentation, die durch die Tötung des bisher Verpflichteten gefährdet sind. In der ersten Gruppe kommen, als im gemeinen Recht allein anerkannt, die Kosten der versuchten Heilung und die Pflegekosten in Betracht. Dieser Anspruch ist, streng genommen, ein Ersatzanspruch für die durch die Verletzung und nicht durch die Tötung veranlaßten Auslagen und bereits in der Person des Getöteten entstanden. Wenn aber dem im Duell Verletzten selbst keine Ansprüche zustehen, so können auch die Erben des Verletzten keine Ersatzansprüche für die versuchte Heilung und Pflege verlangen.

Nicht so einfach ist die Sache bei den Ersatzansprüchen dritter Personen auf Unterhalt, vor allem den Ansprüchen der Witwe und Kinder des Getöteten. Ganzhorn[1]) geht auf diese Frage nicht näher ein. Er begnügt sich damit zu sagen:

„Es erscheint nicht billig, den Erben, welchen keine Schuld trifft, büßen zu lassen; indessen ist es für den Verletzer gleichgültig, wer von ihm die Entschädigung verlangt. Spricht man aber dem Verletzten bei Verwundungen jede Entschädigung ab, so muß dies ebenso für die Tötung gelten.

[1]) Ganzhorn l. c. S. 85.

Der Getötete selbst kann keine Entschädigung geltend machen, aber seine Erben auch nicht, denn nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet."

Für die erste Gruppe der Ansprüche (Kur- und Pflegekosten) kann man Ganzhorn nur beistimmen. Für die Alimentenansprüche der Hinterbliebenen ist seine Argumentation nur richtig, wenn auch diese Ansprüche aus dem Rechte des Getöteten entsprungene, unselbständige Ansprüche sind. Diese Voraussetzung ist aber nicht gegeben. Die gemeinrechtliche Praxis hat den Unterhaltsberechtigten, welche durch den Tod des Verpflichteten ihres Anspruches auf Unterhalt verlustig gingen und dadurch einen Vermögensschaden erlitten, einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Täter eingeräumt. Geschädigt in ihrem Vermögen sind nur die Unterhaltsberechtigten, daher auch nur ihnen der Anspruch zusteht. Die Ansprüche sind von vorneherein in der Person des Geschädigten, d. i. des Unterhaltsberechtigten entstanden und daher selbständiger Natur.[2]) Auch das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen Bd. 1 Nr. 25 und Bd. 7, 44 diese Ansprüche als selbständige bezeichnet. Die Folge der Selbständigkeit dieser Rechte ist, daß sie von dem Willen des Getöteten ganz unabhängig sind und daher auch von einem mitwirkenden Verschulden desselben nicht berührt werden.

Ich komme daher zu dem gegenteiligen Resultate wie Ganzhorn, daß die Hinterbliebenen eines im Duell Gefallenen nach gemeinem Rechte unter allen Umständen Schadensersatz für entgangenen Unterhalt verlangen können. Was den Personenkreis der Ersatzberechtigten anlangt, bestand in der

---

[2]) Desgl. Weinrich, Die Haftung wegen Körperverletzung und Tötung.

Praxis Streit darüber, ob der Anspruch auf die Witwe und Kinder beschränkt sein, oder ob er auch den andern alimentationsberechtigten Verwandten zustehen soll. Das Reichsgericht hat sich gegen eine engherzige Beschränkung dieser Ansprüche ausgesprochen und sie auch den übrigen Verwandten zuerkannt.[3]) Es ist auch nicht einzusehen, warum der Gerichtsgebrauch — und dieser allein kommt ja hier in Betracht —, z. B. den unterhaltsbedürftigen Eltern das versagen soll, was er den Kindern und der Witwe aus Billigkeitsgründen gewährt. Auch bezüglich der Höhe der zu gewährenden Leistungen haben einzelne oberstrichterliche Entscheidungen verschiedenen Maßstab angelegt. Einigkeit herrscht nur darüber, daß die Unterstützungspflicht eine subsidiäre ist und daher überhaupt nicht Platz greift, wenn der standesgemäße Unterhalt aus anderen Einnahmequellen dem Berechtigten zufließt.[4])

Mag auch das gewonnene Resultat im Vergleiche zu Ganzhorns Ansicht minder unbillig erscheinen, so kann es doch nicht als befriedigend bezeichnet werden. Wenn es auch richtig ist, daß die Hinterbliebenen am Zweikampf keine Schuld trifft, und sie deshalb auch nicht büßen sollen, so entspricht doch die unbedingte Zubilligung des Schadensersatzes nicht in allen Fällen der Billigkeit.

Wenn man schon der gesellschaftlichen Sitte Rechnung tragend, dem Duellanten eine Sonderstellung einräumt und ihm stillschweigend das Recht gibt, seinen Beleidiger zur Rechenschaft zu ziehen, so ist es nicht konsequent, ihm anderseits die Sorge für die Hinterbliebenen seines Beleidigers auf-

---

[3]) RG. Entsch. VII 44.

[4]) Über die einzelnen Ansichten vgl. Gruchot, Beitr. zur Erläuterung des preuß. Rechtes 4. Jahrg. S. 166. Beispiele aus der gemeinrechtl. Judikatur.

zubürden, obwohl der Gefallene die eigentliche Ursache des Duells war.

Ist freilich der Beleidigte auf dem Platze geblieben, so ist die Zubilligung des Unterhaltsanspruches das mindeste, was den Hinterbliebenen gewährt werden muß, und eine gerechte Buße für doppelte Schuld des Beleidigers.

II. Das preußische allgemeine Landrecht.

Mit peinlicher Sorgfalt ist das allgem. Landrecht bestrebt, für jede Möglichkeit eines konkurrierenden Verschuldens des Geschädigten durch eine eigene Gesetzesbestimmung die Frage des Schadensersatzes zu regeln. Das Landrecht unterscheidet bezüglich der Haftung genau nach Vorsatz, grobem und leichtem Versehen des Täters und dem hiermit konkurrierenden Verschulden des Verletzten, das wiederum in grobe und geringe Fahrlässigkeit zerfällt. Trotz dieser sorgfältigen Zergliederung, welche das preuß. allgem. Landrecht vorgenommen hat, kann es in unserem Falle zu einem billigen Resultate nicht kommen. Auf seiten eines jeden Duellanten liegt in dem Gegenübertreten zum Zweikampf einerseits der Vorsatz zu verletzen, andererseits eine grobe Fahrlässigkeit im Vermeiden der Gefahr. Es müssen deshalb alle beim Duell vorkommenden Verletzungen nach der gleichen Schablone behandelt werden, ob nun der Verletzte der Provozierende war, oder der minderschuldige Provozierte.

Bezüglich des Schadens unterscheidet das preuß. allgem. Landrecht bei konkurrierendem Verschulden des Verletzten noch zwischen unmittelbarem Schaden (Teil 1 Tit. 6 § 18) und dem mittelbaren Schaden und entgangenen Gewinn § 19 l. c. Für den unmittelbaren Schaden haftet der dolose Täter ohne

Rücksicht auf ein Mitverschulden des Verletzten, während der mittelbare Schaden und entgangene Gewinn nicht ersetzt zu werden braucht, wenn sich der Verletzte bei Vermeiden des Schadens grobes Versehen zuschulden kommen ließ.

Nach diesen Vorschriften bemißt sich auch die Ersatzpflicht für Verletzungen im Duell. Der Verletzte kann hiernach gleichviel ob Beleidiger oder Beleidigter, wohl für den unmittelbaren Schaden, aber nicht für den mittelbaren Schaden und entgangenem Gewinn Ersatz verlangen.

Auch für den Fall wechselseitiger Verletzungen hat das allgem. Landrecht besondere Bestimmungen getroffen in Teil 1 Tit. 6 §§ 22 und 23: „Haben zwei oder mehrere einander wechselseitig beschädigt, so haftet jeder dem andern nach Maßgabe der ihm zur Last fallenden Verschuldung“ (§ 22). „Haben Teilnehmer an einer unerlaubten Handlung einander dabei Schaden zugefügt, so muß jeder seinen eigenen Schaden tragen“ (§ 23). Welche der beiden Vorschriften wir beim Zweikampf zur Anwendung bringen wollen, ist durchaus nicht gleichbedeutend, da ja in letzterem Fall der Duellant unter keinen Umständen einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, während nach der Vorschrift des § 22 der Minderschuldige Ersatz verlangen kann. Die Materialien haben bei § 22 den Fall wechselseitiger Schlägerei im Auge gehabt, während § 23 nach Koch, Kommentar zum allgem. Landrecht,[1]) jene Fälle treffen wollte, in denen zwei oder mehrere Personen bei Ausführung einer verbrecherischen Handlung (bei einem Diebstahl, Sachbeschädigung und dgl.) sich wechselseitig beschädigt hatten. Ganzhorn[2]) will für das Duell § 23 zur Anwendung gebracht wissen und bezieht sich

[1]) Koch, Komm. Anm. 4 zu § 23.

[2]) Ganzhorn S. 34.

zur Begründung seiner Ansicht auf die analoge Bestimmung in Teil 2 Tit. 20 §§ 661, 662, wonach wechselseitige Injurien sich aufheben. Im Sinne des Gesetzes sei es daher gelegen, auch wechselseitige Verletzungen im Zweikampf gegeneinander aufzuheben. Ich halte dies nicht für zutreffend. Gerade die Vorschrift des § 22 zeigt deutlich, daß eine solche analoge Behandlung nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen ist, wenn es sich um zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus Körperverletzungen handelt, sondern hier soll der einen Ersatzanspruch haben, welcher der Minderschuldige ist, selbstverständlich nur nach Maßgabe des § 18.[3])

Die Rechte der Hinterbliebenen eines Getöteten regelt das allgem. Landrecht gleichfalls durch ausdrückliche Bestimmungen in Teil 1 Tit. 6 §§ 98 ff. Auf diese Rechte ist das konkurrierende Verschulden des Getöteten ohne Einfluß. Das Gesetz hat es zwar unterlassen, diese Rechte ausdrücklich als selbständig zu bezeichnen, doch geht diese Absicht des Gesetzgebers klar daraus hervor, daß er hier die Haftung lediglich nach dem Verschulden des Täters begrenzt, das Mitverschulden des Getöteten jedoch nicht in Betracht zieht, wie dies in den korrespondierenden Vorschriften der §§ 18—22 geschehen ist. Seitdem auch das Reichsgericht in der Entsch. Bd. 14 S. 254 sich für die Selbständigkeit dieser Rechte ausgesprochen hat, hat diese Streitfrage an praktischer Bedeutung verloren. Aus der Selbständigkeit der Ansprüche ergibt es sich, daß sie auch bei Tötung im Zweikampf den Hinterbliebenen des Gefallenen unverkürzt zustehen, da ein Mitverschulden des

[3]) Unrichtig Ganzhorn, der im Falle des § 22 dem schwerer Verletzten den Schadensersatz zubilligen will. Nicht wer dem Gegner die schwerere Verletzung beigebracht, sondern wer die größere Schuld am Zustandekommen des Duells trägt, ist ersatzpflichtig.

Getöten außer acht gelassen wird. Der Personenkreis der Ersatzberechtigten umfaßt neben der Witwe und den Kindern des Gefallenen alle auf Grund des Gesetzes alimentationsberechtigten Personen. Im Gegensatz zum gemeinen Rechte ist die Ersatzpflicht nach dem allgem. Landrechte bei vorsätzlicher Tötung keine subsidiäre, sondern greift auch Platz, wenn die Hinterbliebenen hinreichend Privatvermögen oder andere Einkünfte haben, von denen sie ihren Unterhalt bestreiten können. Ja, selbst wenn die Hinterbliebenen einen Vermögensschaden durch die Tötung nicht erleiden, oder gar durch die anfallende Erbschaft ihre finanzielle Lage verbessern, bleibt trotzdem die Pflicht des Täters zur Gewährung des Unterhaltes bestehen. Mit Recht ist in Gruchots Beiträgen Bd. 4 S. 169 hervorgehoben, daß in diesen Fällen der zivilrechtliche Gesichtspunkt zurücktritt und die dem Alimentationsberechtigten gewährte Klage nicht als eine actio rei persecutoria, sondern als actio poenalis erscheint. Gerade die Ansprüche aus Tötung im Duell zeigen, zu welch unbilligen Resultaten der poenale Gedanke in dieser Vorschrift führen kann. Das mitwirkende Verschulden des Getöteten wird nicht berücksichtigt und so kann die Schwere dieser Bestimmung auch den treffen, der das Duell moralisch nicht verschuldet hat. Der Beleidigte hat dann wohl die Genugtuung, sich für die erlittene Kränkung gerächt zu haben, doch muß er diese Rache mit schweren finanziellen Opfern bezahlen, die um so unbilliger sein können, als die beiderseitigen Vermögensverhältnisse außer acht bleiben.

Das Resultat für das preuß. Recht ist daher noch unbefriedigender, wie das des gemeinen Rechtes, bei welchem wenigstens die Ersatzpflicht mit der Dürftigkeit des Berechtigten Hand in Hand geht.

III. Sonstige Partikularrechte.

Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1863 enthält zwei Bestimmungen, §§ 780 und 688, welche in unserer Streitfrage einschlägig sind. § 780 enthält eine Verneinung jeden Schadensersatzes bei Einwilligung des Verletzten. Nach der von uns vertretenen Ansicht schließt zwar das Gegenübertreten zum Duell durchaus nicht die Einwilligung in die Verletzung in sich, doch war diese Ansicht früher so allgemein verbreitet, daß die sächs. Praxis wohl schon aus diesem Grunde zur Versagung des Zivilersatzes beim Duell gelangte. Aber soweit dies nicht der Fall war, wird der Ersatzanspruch des Duellanten durch die Bestimmung des § 688 über das konkurrierende Verschulden zunichte gemacht; das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch steht hier vollkommen auf dem Boden des gemeinen Rechtes.

Abweichend vom gemeinen Rechte entscheidet das österr. allgem. BGB. in § 1304: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig, und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen.“ Die Abgleichung des Schadens nach der Größe des beiderseitigen Verschuldens hat nach der allgemein gebilligten Anschauung sowohl bei kulposem, wie auch bei dolosem Verhalten stattzufinden, und ist § 1304 daher auch beim Duell zur Anwendung zu bringen. Die Bedenken, welche Demelius[1]) und ihm folgend Ganzhorn[2]) gegen diese Bestimmung vor-

---

[1]) Demelius, Über Kompensation der Kulpa, Jahrbücher für privatrechtliche Dogmatik 1861 S. 82ff.

[2]) Ganzhorn l. c. S. 30.

bringen, daß sie nämlich den Schaden statt aus dem Kausalverhältnis nach der Größe des Verschuldens bemesse, kann ich nicht teilen. Im Gegenteil müssen wir die Anschauung des österr. Gesetzbuches, wie sie in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, als die allein richtige bezeichnen, da für eine billige Verteilung des Schadens nicht das Kausalverhältnis, sondern allein die Größe des beiderseitigen Verschuldens maßgebend sein kann.

Den Standpunkt des württemberg. Gesetzes v. 5. 9. 1839 und des bad. Gesetzes v. 6. 3. 1845 haben wir bereits oben dargelegt und können hier auf das Gesagte zurückverweisen.

IV. Code civil.

Der code civil enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Verletzung der Körperintegrität, noch auch über das konkurrierende Verschulden des Verletzten. Der Fülle von Bestimmungen im allgem. Landrecht steht hier die einzige Vorschrift des Art. 1382 gegenüber.

Vereinzelt vertritt Thilo, Kontroversen des franz. Zivilrechtes S. 421, den Standpunkt, daß den Duellanten infolge der Einwilligung, sich den Wechselfällen des Zweikampfes aussetzen zu wollen, ein Klagerecht nicht zusteht, sondern nur der Witwe und den Kindern ein selbständiges Klagerecht auf Entschädigung einzuräumen sei.

Diese Anschauung wird jedoch von der Praxis und der Mehrzahl der Schriftsteller nicht gebilligt.

In Fällen des konkurrierenden Verschuldens hat sich die Praxis dahin geeinigt, daß der Richter das beiderseitige Verschulden abwägen und den Schadensersatz nach billigem Er-

messen herabsetzen oder ganz davon befreien soll.[1]) Speziell bei Ersatzansprüchen aus Duell haftet der Täter regelmäßig für den Schaden,[2]) auch wenn der Verletzte der Forderer war; jedoch soll der Richter unter Prüfung des ganzen Tatbestandes je nach dem überwiegenden Verschulden den Schadensersatz ermäßigen. Insbesondere trägt der ein Übermaß des Verschuldens, der das Duell moralisch verschuldet hat, und nicht der, welcher die Forderung ergehen ließ. Damit ist der Ersatzanspruch des verletzten Duellanten ganz dem Ermessen des Richters anheimgestellt.

Die Hinterbliebenen des im Duell Gefallenen haben einen selbständigen Ersatzanspruch gemäß Art. 1382, der von dem mitwirkenden Verschulden des Getöteten nicht berührt wird. Neben den Angehörigen können innerhalb des weiten Rahmens der Vorschrift auch andere Personen, die durch die Tötung irgendwie zu Schaden gekommen sind, ihre Ersatzansprüche geltend machen.

Wenn wir das Resultat für die Zeit vor dem Bürgerlichen Gesetzbuche betrachten, so können wir es als ein befriedigendes nicht bezeichnen. Am nächsten kommt dem von uns gebilligten Standpunkte das franz. und österr. Recht, das wenigstens für die Ansprüche des unmittelbar verletzten Duellanten eine zweckentsprechende Schadensverteilung nach

---

[1]) Zachariae-Crome 8. Aufl. Bd. 2 § 414 Note 11.

[2]) Weinrich, Haftpflicht, Straßburg 1883, S. 84; Puchelt, Handbuch des franz. Zivilrechts Bd. 2 S. 669.

dem jeweiligen Verschulden am Zustandekommen des Duells getroffen hat.

In Ansehung der Rechte der Hinterbliebenen können wir weder den Standpunkt des württemberg. Gesetzes, das jeden Ersatz verneint, billigen, noch auch das Resultat in den übrigen Rechtsgebieten gutheißen, bei dem auf das Verschulden des Getöteten in keiner Weise Bedacht genommen wird.

Angesichts dieses unbefriedigenden Resultates und mit Rücksicht auf die verschiedenen Streitfragen, bezüglich derer eine Einigung nur schwer zu erzielen sein wird, wäre es angezeigt gewesen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch durch ausdrückliche Bestimmungen über die Ersatzansprüche im Zweikampf die bisherige Rechtsunsicherheit beseitigt und einer einheitlichen Rechtsprechung die Bahn geebnet hätte.

Bedauerlicherweise hat es das Gesetz unterlassen, der Wissenschaft und Praxis diesen Dienst zu erweisen.

II. Teil.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 1.

Der Standpunkt der Motive.

Die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs haben sich auf den Standpunkt gestellt, es sei besser, die Lösung unserer Streitfrage, welcher eine große praktische Bedeutung doch nicht beiwohne, der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, als sie durch Gesetz zu erledigen und damit der Rechtsentwicklung vorzugreifen. Der Standpunkt der Motive ist ein irriger, denn er verwechselt Ursache und Wirkung. Man gebe einmal eine gesetzliche Vorschrift, wonach der schuldhafte Veranlasser des Duells verpflichtet wird, seinen zum Krüppel geschossenen Gegner oder die Hinterbliebenen des im Duell Gefallenen zu ernähren, und sehe dann zu, ob die Frage nicht praktische Bedeutung gewinnt. Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch wieder davor gescheut hat, eine diesbezügliche Vorschrift zu erlassen, so wird man wohl nicht mit Unrecht den Grund darin zu suchen haben, daß der Gesetzgeber zur Duellfrage selbst hätte Stellung nehmen müssen, und diesen heiklen Punkt nicht anschneiden wollte. Wie man bei Erlassung des Strafgesetzbuches davor zurückschreckte, bezüglich der Strafbarkeit des Zweikampfes eine unzweifelhafte Stellung einzunehmen, und das Duell entweder

als erlaubte Selbsthilfe zu gestatten, oder als ein gemeines Vergehen zu behandeln und dementsprechend zu bestrafen, so hat man sich auch hier nicht entschließen können, Farbe zu bekennen, sondern hat es der Praxis überlassen, sich mit den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes und den einschlägigen Streitfragen abzufinden. Wenn es auch zu begrüßen ist, daß dem richterlichen Ermessen gerade in dieser Materie ein weiter Spielraum geboten wird, ob und in welchem Umfange im einzelnen Falle Ersatz gewährt werden kann, so soll es doch nicht dem Gutdünken des einzelnen Richters oder erkennenden Gerichtes überlassen bleiben, ob es prinzipiell einen Schadensersatz bei Verletzung und Tötung im Duell gewähren oder versagen will. Das stimmt wenig zu der vom Bürgerlichen Gesetzbuch erhofften Rechtssicherheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit seiner falschen Rücksichtnahme auf die kommende Rechtsentwicklung der Gegenwart einen schlechten Dienst erwiesen. Eine dem Verschulden angemessene Schadensersatzpflicht hätte ohne Zweifel auf die ganze Duellsitte eine wohltuende Wirkung ausgeübt. Wer ernstlich entschlossen ist und im Duell den einzigen Ausweg erblickt, seine beleidigte Ehre wieder herzustellen, wird sich durch keinen Zivilersatz abhalten lassen, wohl aber würde durch den Schadensersatz die Zahl der frivol heraufbeschworenen Duelle gemindert werden. Aber auch dem, der wider bessere Einsicht durch die gesellschaftlichen Rücksichten oder Standespflichten zu einem Duell gezwungen ist, würde der Gedanke, daß im Falle seines Unterliegens für die Seinigen finanziell gesorgt ist, Ruhe gewähren.

Leider hat es das Bürgerliche Gesetzbuch versäumt, diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen.

Bei der Frage nach dem Schadensersatze im Zweikampf zwingt uns der Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung neuerdings die alten Streitfragen von der Einwilligung und dem konkurrierenden Verschulden unter dem Gesichtspunkte des neuen Rechts zu prüfen.

§ 2.

Einwilligung des Duellanten.

Wenn wir noch einmal auf das Gebiet der Einwilligung des Verletzten zurückgreifen müssen, so liegt die Schuld hieran beim 1. Entw. und den Motiven, welche neuerdings die von uns als unrichtig abgelehnte Anschauung von der Einwilligung des Duellanten vertreten. Nach dem Standpunkte der Motive S. 770 bleibt Tötung im Zweikampfe oder mit Einwilligung nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches ein Delikt, daher auch zivilrechtlich eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704. Gleichwohl werden sowohl der Getötete wie dessen Erben als solche gemäß § 706 einen Ersatzanspruch nicht geltend machen können. Aus gleichen Erwägungen ist nach Ansicht der Motive (S. 792) auch die Erlassung einer besonderen Vorschrift, betr. die Körperverletzung im Zweikampf, überflüssig. Mit dieser Darstellung haben die Motive wiederum die Tötung eines Einwilligenden und Tötung im Zweikampfe auf eine Stufe gestellt und mit dem Hinweis auf § 706 bedauerlicherweise von neuem die irrige Anschauung sanktioniert, es willige der Duellant in Tötung und Verletzung. Schon bei der 2. Lesung ist die Bestimmung des § 706 gestrichen worden, weil sie in dieser allgemeinen Fassung nicht richtig sei. Denn daran wird festzuhalten sein, daß nur so weit die Einwilligung den

Charakter der Widerrechtlichkeit zu nehmen vermag, als das in Frage stehende Rechtsgut der Verfügungsgewalt des Verletzten untersteht und nicht die Verletzung trotz der Einwilligung unter Strafe gestellt ist. Wenn auch § 706 aus dem Gesetze gestrichen wurde und damit die Frage nach der Wirkung der Einwilligung auf die Rechtswidrigkeit der Wissenschaft anheimgegeben ist, besteht doch die Gefahr, daß die Wissenschaft bei der Gesetzauslegung mit Rücksicht auf die Motive wieder auf diese irrige Anschauung zurückkommt. Insbesondere muß mit Nachdruck gegen die Annahme der Motive Stellung genommen werden, daß beim Duell die Einwilligung des Duellanten gegeben sei und der Zivilersatz aus diesem Gesichtspunkte versagt werden müsse. Auch Linckelmann[1]) vertritt in neuerer Zeit wieder den Standpunkt von der Einwilligung im Duell, will aber trotz der vorhandenen Einwilligung einen Zivilersatz gewähren, da es gerade der Zweck der Duellvorschrift sei, den Duellanten auch gegen seinen Willen zu schützen, und der Duellant gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoße[2]) und daher zum Schadensersatz verpflichtet sei. Dieser Anschauung ist entgegenzuhalten, daß einerseits der Duellant nur in den Kampf, nicht in die Verletzung willigt, anderseits die Duellvorschriften nicht den Schutz des Duellanten bezwecken.[3]) Es ist daher der zweite Teil der Linckelmannschen Argumentation ebenso unzutreffend wie der erste.

---

[1]) Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, Berlin 1898, S. 80.

[2]) So auch Blüthgen, Die studentischen Schlägermensuren, Berlin 1905, S. 19.

[3]) Desgl. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung, Berlin 1902, S. 90.

Wir müssen daher unsere bereits oben dargelegte Ansicht aufrechterhalten, daß mangels einer die Rechtswidrigkeit aufhebenden Einwilligung die Tötung und Körperverletzung im Duell eine widerrechtliche und daher zum Schadensersatz verpflichtende ist.

Es wäre noch daran zu denken, daß die Duellanten, um sich gegenseitig vor Ersatzverbindlichkeiten zu schützen, vor dem Duell sich ausdrücklich eine förmliche Einwilligung zur Verletzung erteilen, oder vereinbaren, auf jeden Schadensersatz verzichten zu wollen. Einer derartigen Vereinbarung kommt m. E. eine rechtsverbindliche Bedeutung nicht zu. In erster Linie ist eine solche Erklärung, soweit sie die Einwilligung in die Verletzung betrifft, nichtig, da sie dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht und auch dem Gegner der Mangel im Willen auf Seite des Erklärenden bekannt ist (§ 116 BGB.). In zweiter Linie enthält aber diese Erklärung, ebenso wie der Verzicht auf Entschädigung, einen Verstoß gegen die guten Sitten und ist daher auch aus diesem Grunde nichtig (§ 138). Der Duellant kann im Augenblick des Verzichtes nicht wissen, welche Folgen das Duell für ihn haben wird. Er verzichtet nicht nur auf das ideale Gut der körperlichen Unversehrtheit, sondern auch auf den Ersatz eines ihm noch unbekannten materiellen Schadens, der ihm aus der Beschränkung oder völligen Vernichtung seiner Erwerbsfähigkeit erwachsen kann; und das ist gegen die guten Sitten. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst gibt uns ein Beispiel eines aus diesem Grunde nichtigen Vertrages in § 310, der die Veräußerung des ganzen zukünftigen oder eines Teiles des zukünftigen Vermögens bei der Strafe der Nichtigkeit verbietet. Das Verbot des Gesetzgebers beruht auf der Erwägung, daß durch eine derartige Veräußerung

nicht nur die wirtschaftliche Freiheit, sondern auch die Erwerbsfähigkeit und Erwerbsfreudigkeit des einzelnen in unzulässiger Weise beeinträchtigt wird. In gleicher Weise opfert der seine wirtschaftliche Selbständigkeit, der in die Vernichtung seiner Erwerbsfähigkeit einwilligt oder auf alle ihm und anderen aus der Vernichtung derselben erwachsenden Nachteile von vornherein Verzicht leistet.

Es vermag daher auch eine solche Erklärung die Ersatzpflicht des Duellanten nicht zu beseitigen.

Dagegen findet auch nach neuem Rechte die Ersatzpflicht des Täters eine Schranke in dem mitwirkenden Verschulden des Verletzten.

§ 3.

Kulpakompensation im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Entstehungsgeschichte des § 254 BGB.

Für das bisherige Recht haben wir das Prinzip der Kulpakompensation in dem Gedanken gefunden, daß ein von einem Dritten schuldhafterweise zugefügter Schaden dann nicht von diesem ersetzt zu werden braucht, wenn der Verletzte selbst durch ein schuldhaftes Verhalten zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, und wenn das Verschulden des Verletzten im Vergleiche zu dem Verschulden des Dritten das größere gewesen ist.

Diesen nämlichen Gedanken bringt auch § 222 des ersten Entwurfs zum Ausdruck:

„Hat bei der Entstehung des von einem anderen verursachten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens mit-

gewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfang der andere zum Schadensersatz verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat."

In der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes gab man dem § 222 folgende Fassung:

„Hat bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes, von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist."

Die veränderte Fassung bezweckt zunächst einem in dieser Richtung hinzielenden Antrage entsprechend, dem neuen § 254 auch solche Fälle unterzuordnen, in denen der Gesetzgeber entgegen dem sonst herrschenden Prinzipe eine Haftung für Schäden ohne ein Verschulden des Täters statuiert hatte. Ferner sollten durch die neue Fassung nicht nur die fahrlässigen, sondern auch die dolosen Schädigungen, und dementsprechend auch das dolose Verhalten des Geschädigten mitgetroffen werden. Endlich sollte bei Berechnung des zu gewährenden Schadensersatzes nicht das überwiegende Verschulden maßgebend sein, sondern es sollte der den Schaden tragen, der ihn überwiegend verursacht hat.

Diese letzte Änderung in der bisherigen Fassung und vor allem die Erklärung der Protokolle, welche es billigen, „daß der für die Abgrenzung der Ersatzpflicht vorzugsweise maßgebende Umstand nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Kausalverhältnis sei", sind geeignet,

den von der Wissenschaft unter dem Ausdrucke Kulpakompensation zusammengefaßten Gedanken von der Ausgleichung des Schadens nach Recht und Billigkeit in Verwirrung zu bringen.

Meines Erachtens liegt die Ursache für die unglückliche Fassung des § 254 darin, daß die Kommission die Fälle einer sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges und die der eigentlichen Kulpakompensation nicht voneinander geschieden hat, oder die beiden Gruppen unter eine gemeinschaftliche Bestimmung zwängen wollte.

Die Fassung des § 254 hat denn auch in der Wissenschaft berechtigtes Staunen hervorgerufen und zu ganz verschiedenartiger Auslegung dieser Vorschrift geführt.

v. Leyden[1]) hat die Anschauung in der Literatur in drei Klassen geteilt:

> Der größere Teil der neueren Literatur, welcher streng an den Wortlaut des BGB. sich anschließend, für das Ausschlaggebende den Grad der Verursachung erklärt und von dem konkurrierenden Verschulden ganz absieht.
>
> Eine weitere Gruppe erkennt zwar das Verursachungsprinzip als den Hauptfaktor an, will aber das Verschulden auch berücksichtigt wissen.
>
> Die weitaus kleinste Zahl erklärt das überwiegende Verschulden für das allein Entscheidende; jedoch ohne jede Begründung, teilweise vielleicht ohne zwischen Verursachen und Verschulden genügend zu unterscheiden.

Welcher von diesen drei Anschauungen wir uns anschließen

---

[1]) Kulpakompensation im BGB., Berlin 1902, S. 42.

wollen, ist für unsere Frage von der weitgehendsten Bedeutung. Damit steht und fällt der Ersatzanspruch im Zweikampf. Es sei mir daher gestattet, näher auf diese Frage einzugehen.

II. Vorwiegend verursachen — vorwiegend verschulden.

Am entschiedensten vertritt die erste Ansicht Schollmeyer, Endemann und Staudinger, die ausdrücklich erklären, daß auf das beiderseitige Verschulden kein Gewicht gelegt werden darf. Ja nicht einmal unter den Umständen, auf welche das Gesetz verweist, soll das konkurrierende Verschulden Berücksichtigung finden.

Schollmeyer[1]) verlangt ganz richtig, daß sowohl das Verhalten des Schädigers, wie das des Geschädigten im Kausalzusammenhang mit dem Erfolge stehe. „Sobald also das Verhalten des Beschädigten den Kausalzusammenhang unterbrochen hat, so hat der Beschädigte überhaupt kein Recht auf Schadensersatz und § 254 bleibt außer Anwendung."

Um so erstaunlicher ist es, wenn Schollmeyer dann doch einzig und allein aus dem Kausalverhältnis die Schadensverteilung vornehmen will, denn „das Gesetz betrachte die Ersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Kausalzusammenhanges nicht unter demjenigen der Kulpakompensation. Das größere Verschulden ist dabei grundsätzlich gleichgültig." Erklärlich wird diese Anschauung Schollmeyers erst, wenn wir das von ihm gegebene Beispiel betrachten. A hat den B ganz ungefährlich verletzt. B vernachlässigt die Verletzung in gröblichster Weise und stirbt. Wenn Schollmeyer lauter

[1]) Schollmeyer 1900, II, 1 § 254 Note 4ff.

solche Beispiele wählt, dann müssen wir ihm Recht geben. In derartigen Fällen ist freilich das Kausalverhältnis entscheidend. Unseres Erachtens ist in diesem Falle ein Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Tod überhaupt nicht gegeben und es fällt daher nach der eigenen Ansicht Schollmeyers dieses Beispiel nicht unter § 254.

Auch Endemann[2]) ist mit Schollmeyer der Ansicht, daß lediglich das Kausalverhältnis den Ausschlag gibt und auf die Schwere des Verschuldens kein Gewicht zu legen ist. „Der Gedanke der Kulpakompensation ist durch § 254 geradezu verworfen." Ist das richtig, so muß der neue Gedanke der Abwägung des Kausalitätsverhältnisses darnach angetan sein, alle einschlägigen Fälle in befriedigender Weise zu lösen.

Um das uns zunächst liegende Beispiel zu wählen, werfe ich die Frage auf, wie entscheiden Endemann und Schollmeyer die Schadensersatzpflicht im Duell unter dem Gesichtspunkte des überwiegenden Verursachens? Wie steht es mit zwei Fuhrwerken, die im Nebel aufeinanderfahren? Wie steht es mit allen Fällen, in denen der Kausalzusammenhang zwischen dem beiderseitigen Verhalten und dem Erfolge nicht in Abrede gestellt werden kann; wenn jeder der beiden Beteiligten eine gleich wichtige, gleich unentbehrliche Bedingung zum Erfolge gesetzt hat und dennoch das Gerechtigkeitsgefühl verlangt, daß nur einer den Schaden trägt?

Wenn Endemann gleichwohl ein Beispiel anführt, das ohne Zweifel in den Anwendungsbereich des § 254 gehört, so entscheidet er selbst, ohne sich dessen bewußt zu sein, nach der Höhe des Verschuldens. Der Fahrgast eines Omnibusses

---

[2]) Endemann, Lehrb. § 132, 1a S. 756 8. Aufl.

steht trotz des Verbotes auf der Deckform; der Wagen fährt beim Ausweichen unter einen Neubau, durch dessen vorstehendes Gerüste der Fahrgast zu Boden gerissen wird. Wer hat hier den Schaden überwiegend verursacht? Endemann verneint ganz richtig den Schadensersatzanspruch des Verletzten, weil dieser den Schaden durch „eigenes Verschulden verursacht" hat, übersieht aber dabei, daß hier das Hauptgewicht auf das Verschulden zu legen ist. Verursacht wurde der Schaden nicht minder durch das Ausweichen des Wagens und das Hindurchfahren unter dem Gerüste, als wie durch das Betreten der Plattform. Gerade nach Endemanns Kausalitätslehre,[3]) die verlangt, bei Ermittlung des Kausalzusammenhanges auf den dem Erfolge zunächststehenden zurechnungsfähigen Menschen zurückzugreifen, dürfte eher der Postillon als der verursachende Teil zu erachten sein. Allein entscheidend ist eben doch der Umstand, daß der eine schuldhaft, der andere schuldlos den Schaden verursacht hat.

Die Einsicht, daß nicht alle Fälle aus dem Gesichtspunkte des Kausalverhältnisses gelöst werden können, hat in der Literatur zu der Überzeugung geführt, daß neben dem überwiegenden Verursachen auch das überwiegende Verschulden in Betracht zu ziehen sei.[4]) Die meisten der Schriftsteller haben sich damit zu helfen gesucht, daß sie in erster Linie das überwiegende Verursachen, dann aber, wenn dies zu einem Resultate nicht führte, das überwiegende Verschulden berücksichtigen wollen, da das Verschulden zu den Umständen gehöre, welche der Richter in den Kreis der Erwägungen ziehen müsse.

---

[3]) Endemann § 129, 2c.

[4]) Planck, Komm. § 254 Anm. 1; Dernburg 1905 S. 81; Kuhlenbeck, V. d. Pand. S. 126; Laß-Meier, Haftpflichtr. 2. Aufl. S. 67

Nur eine kleine Zahl von Schriftstellern setzt sich über den Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinweg und erklärt als das entscheidende Moment das überwiegende Verschulden.[5])

Eingehender als die übrigen Kommentatoren beschäftigt sich Oertmann in der eben erschienenen 2. Aufl. des Kommentars zu den Schuldverhältnissen mit unserer Frage.[6])

Oertmann unterscheidet streng zwischen den Fällen der sogen. Unterbrechung des CZH. und den Fällen der Kulpakompensation, zwei Gesichtspunkte, die, wie er sagt, in wenig glücklicher Weise in § 254 miteinander vermischt sind. Wird im Falle einer sogen. U. d. CZH. der endgültige Erfolg durch einen neu hinzutretenden, von dem ersten schädigenden Ereignis ganz unabhängigen Umstand herbeigeführt, so daß die erste Bedingung in ihrer Weiterentwicklung zum Erfolg gehindert wird, so ist eben nur der zweite Umstand zur Ursache geworden, und der Fall gehört, wie Oertmann mit Recht betont, nicht unter § 254.

Für den Fall, daß die zweite hinzutretende Bedingung mit der ersteren im Zusammenhang steht, indem sie durch diese erst vorbereitet oder doch begünstigt wurde, unterscheidet Oertmann zwei Möglichkeiten, je nachdem die beiden Bedingungen insofern gleichwertig waren, als sie beide im adäquaten Zusammenhang zum Erfolge stehen, oder aber die zweite Bedingung die erstere so zurückdrängt, daß von einer Verursachung durch die erstere nicht mehr die Rede sein kann. Der letztere Fall gehört meines Erachtens gleichfalls

---

[5]) Cosack, Lehrb. § 91, 7 S. 317; Scherer, Recht der Schuldverh. S. 30; Linckelmann l. c. S. 57 ff.; v. Leyden, Kulpakompensation, Berlin 1902, S. 43 ff.

[6]) Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1907.

nicht in das Anwendungsgebiet des § 254, denn auch hier ist lediglich das neu hinzutretende Ereignis Ursache des Erfolges gewesen.[7])

Dagegen läßt die erstere von Oertmann angeführte Eventualität — wenn die beiden Bedingungen im adäquaten Zusammenhang zum Erfolg stehen — Fälle denkbar erscheinen, in denen trotz des beiderseitigen adäquaten Zusammenhangs die eine Bedingung für den Erfolg wesentlicher oder wirksamer geworden ist als die andere. Gerade an diese Fälle scheint der Gesetzgeber gedacht zu haben, denn nur für sie ist der Hinweis des Gesetzgebers, die Frage des Schadensersatzes unter Zugrundelegung der Birkmeyerschen Kausalitätstheorie zu prüfen, gerechtfertigt, während in allen anderen Fällen auf dieser Grundlage ein Resultat nicht zu erzielen ist.

Insbesondere versagt der vom Gesetzgeber vorgeschlagene Weg in den Fällen, die wir unter dem Begriffe der Kulpakompensation zusammengefaßt haben. Gerade die Fälle der KK. sind es gewesen, welche zu einer gesetzlichen Regelung und zu der Entstehung des § 254 Veranlassung gegeben haben. Das beweist in erster Linie die Entstehungsgeschichte des Paragraphen, namentlich § 222 des ersten Entwurfes, dann aber auch der Wortlaut des § 254 selbst, der auf das Verschulden des Verletzten besonderes Gewicht legt.

Oertmann will auch in diesen Fällen, dem Wortlaut des Gesetzes folgend, den Gesichtspunkt des überwiegenden Verursachens nicht ganz unbeachtet lassen, dabei aber auch die Umstände, insbesondere das beiderseitige Verschulden in Betracht gezogen wissen. M. E. hat in den Fällen der KK. die Frage nach dem überwiegenden Verursachen außer Betracht

---

[7]) vgl. hierzu das oben zitierte Beispiel Schollmeyers.

zu bleiben, da das Verschulden, auf das es bei der KK. hauptsächlich ankommt, nicht nach dem Grade der Kausalität bemessen werden kann. Auch könnte die Verwendung des Kausalbegriffes zu dem von Oertmann hervorgehobenen unerwünschten Resultate führen, daß sich das überwiegende Verschulden und überwiegende Verursachen nicht decken, und dann doch das erstere den Ausschlag zu geben hat.[8]) Gegen die Berücksichtigung des ursächlichen Verhältnisses bei KK. spricht der Umstand, daß hier der Schaden nicht einseitig von dem Täter oder dem Verletzten, sondern von beiden zusammen verursacht wird. Ist aber das beiderseitige Verhalten im CZH. zum Erfolg, so ist der Begriff der vorwiegenden Verursachung nicht verwertbar, welche Kausalitätstheorie wir auch dem § 254 zugrunde legen wollen.

Von vorneherein scheidet aus die Burische Kausalitätstheorie. Nach ihr ist jede Bedingung gleichwertig; keine allein kann den Erfolg verursachen. Wenn aber ein einzelnes Ereignis den Erfolg nicht verursachen kann und alle Bedingungen gleich unentbehrlich sind, kann es den Erfolg auch nicht vorwiegend verursachen. Nach dieser auch vom Reichsgericht anerkannten Theorie ist der Wortlaut des § 254 ein Nonsens.

Staudingers Kommentar vertritt für § 254 die Theorie der adäquaten Verursachung. Wenn der Kommentar hierbei sagt, der § 254 beruht nicht auf dem Gesichtspunkte der Schuldaufrechnung, sondern ist ebenfalls ein Ausfluß des im Bürgerlichen Gesetzbuch zum mindesten latent enthaltenen Prinzips der adäquaten Verursachung, so will dies doch nichts anderes besagen, als daß nur derjenige für den Schaden haftet,

---

[8]) Oertmann § 254, 2 b γ.

dessen Verhalten im adäquaten CZH. steht mit dem Erfolge Der Kommentar hat also nur solche Fälle im Auge, in denen nur auf der einen Seite der CZH. gegeben ist, übersieht aber ganz, daß ja diese Fälle gar nicht in den Anwendungsbereich des § 254 gehören. Ist der adäquate CZH. nur auf der einen Seite gegeben, während er auf der Seite des anderen ein inadäquater ist, dann ist das Resultat nicht schwierig, denn dann ist nur die erstere Handlung zum Erfolg kausal und daher zum Schadensersatz verpflichtend. Um zu diesem Resultate zu gelangen, braucht man jedoch keinen § 254. Im Gegenteile ist es gerade Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift, daß das beiderseitige Verhalten kausal ist. Daß dies auch vom Standpunkte der adäquaten Theorie möglich ist, wird nicht bestritten werden können.

Staudinger hat auch nicht streng daran festgehalten, daß der Gedanke der Schuldaufrechnung ganz außerhalb des Bereiches des § 254 liege, sondern muß zugeben, daß bei der Gewichtsbestimmung der vorwiegenden Verursachung nicht bloß objektive Momente, wie sie bei der nachträglichen Prognose berücksichtigt zu werden pflegen, sondern auch subjektive Momente, insbesondere die verschiedenen Grade des beiderseitigen Verschuldens in den Kreis der Erwägungen gezogen werden müssen. In diesem Satze liegt das beachtenswerte Geständnis, daß, wenn das beiderseitige Verhalten kausal gewesen ist, ein anderes wie das kausale, nämlich das Schuldmoment den Ausschlag zu geben hat.

Ebensowenig vermag uns die Birkmeyersche Theorie bei Anwendung des § 254 ein brauchbares Resultat zu liefern, obwohl der Wortlaut des Paragraphen den Anschein erweckt, als habe den Redaktoren bei Abfassung dieser Bestimmung gerade die Birkmeyersche Theorie vorgeschwebt. Gehen wir

wieder davon aus, daß es Voraussetzung des § 254 ist, daß das beiderseitige Verhalten den Schaden verursacht hat, so muß das beiderseitige Verhalten im CZH. mit dem Erfolge stehen, d. h. es muß, unter Zugrundelegung der Birkmeyerschen Theorie, sowohl der Schädiger wie der Geschädigte eine vorwiegende Bedingung zum Erfolge gesetzt haben. Ist es dem Richter möglich zu konstatieren, daß eine der Bedingungen im Vergleiche zur anderen die überwiegendere war, dann ist eben nur jene im CZH. zum Erfolge, dann hat nur jene den Erfolg verursacht.

Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Richter nur anzuweisen, den CZH. zu prüfen, so wäre der § 254 wahrlich eine höchst überflüssige Bestimmung; denn es versteht sich von selbst, daß der CZH. geprüft werden muß. Meines Erachtens muß aber das Kausalverhältnis bereits klargestellt sein, bevor an eine Anwendung des § 254 gedacht werden kann. Ist nur das Verhalten des einen Teiles zum Erfolg kausal gewesen — das ist auch bei der sogen. Unterbrechung des CZH. der Fall —, ist von einer Anwendung des § 254, der ein beiderseitiges Verursachen verlangt, nicht mehr die Rede, oder aber man gelangt zu dem Resultate, daß beide Teile den Schaden verursacht haben, dann ist die Kausalfrage gleichfalls erledigt. Gerade die Fälle letzterer Art waren es, die die gemeinrechtliche Doktrin unter dem Gesichtspunkte der Kulpakompensation behandelt hat, und die, wie Oertmann sagt,[9]) in § 254 ex professo behandelt werden. Unter Berücksichtigung des Kausalverhältnisses ist ein Resultat in diesen Fällen nicht zu erzielen, also muß zur Verteilung des Schadens auf die anderen Umstände Bedacht genommen

[9]) Oertmann, Komm. § 254, 1b.

werden, als deren hervorstechendster das subjektive Moment, das beiderseitige Verschulden in Betracht kommt.

Es ist durchaus unverständlich, warum Endemann, Schollmeyer u. a. auch nicht einmal unter den näheren Umständen des Falles das beiderseitige Verschulden berücksichtigen wollen. Warum sollte das Bürgerliche Gesetzbuch, das sonst allenthalben für Berücksichtigung eines billigen Ermessens nach Treu und Glauben eintritt, gerade hier diese Grundsätze über Bord werfen, wo man ohne dieselben zu einem befriedigenden Resultate nicht gelangen kann. Der Gedanke der Kulpakompensation ist durch § 254 verworfen, behauptet Endemann. Der Wortlaut des § 254 scheint ihm recht zu geben; die praktische Anwendung der Vorschrift lehrt jedoch, daß ohne den Grundsatz der Kulpakompensation nicht durchzukommen ist. Eine Verteilung des Schadens nach dem Kausalverhältnis ist eine reine Unmöglichkeit. Wollen wir nicht die Fälle konkurrierenden Verschuldens überhaupt unentschieden lassen, so müssen wir entgegen dem Wortlaut des § 254 die Grundsätze der Kulpakompensation als den entscheidenden Faktor bezeichnen. Wir haben die Wahl, ob wir dem Wortlaute oder der ratio legis Gewalt antun wollen; ich ziehe es vor den Geist der Vorschrift höher zu halten, wie den verunglückten Wortlaut der Bestimmung.

§ 4.

Das konkurrierende Verschulden beim Zweikampf.

I. Allgemeines.

Wäre die Lösung der im vorigen Absatze angeschnittenen Streitfrage für das Resultat unserer Abhandlung nicht von so aus-

schlaggebender Bedeutung, hätte sie einen so breiten Rahmen nicht einnehmen dürfen. Die Literatur des neuen Rechtes über den Zivilersatz im Zweikampf ist noch eine sehr beschränkte. Soweit wir jedoch Anhaltspunkte finden, gehen diese darauf hinaus die Frage einer Ersatzpflicht aus § 254 zu lösen.[1]) Auch die wenigen vorhandenen Spezialarbeiten, Ganzhorn, Zivilersatz im Zweikampf,[2]) ein kleiner Aufsatz im Recht von Dr. Höniger,[3]) und Dr. Blüthgen,[4]) Die studentischen Schlägermensuren, wollen die Ersatzpflicht des Duellanten aus § 254 regeln. Auffallend ist dabei, daß sowohl Ganzhorn wie Höniger, ohne sich um den Wortlaut des § 254 zu bekümmern, als den ausschlaggebenden Faktor die Größe des beiderseitigen Verschuldens bezeichnen. Keiner von beiden verliert ein Wort der Rechtfertigung, weshalb er entgegen der Fassung des Gesetzes dem überwiegenden Verschulden das entscheidende Gewicht beilegt. Offensichtlich identifizieren Ganzhorn wie Höniger die Begriffe „Verursachen und Verschulden". Aus den Ausführungen Dr. Hönigers geht dies deutlich hervor, indem derselbe an die Spitze seiner Ausführungen das überwiegende Verursachen als den ausschlaggebenden Faktor gestellt hat, in der ganzen folgenden Darstellung aber nur mehr von dem gegenseitigen Verschulden spricht.

Blüthgen dagegen will im Anschluß an die Endemannsche Anschauung die Ersatzpflicht aus dem Kausalverhältnis regeln. Dies ist meines Erachtens falsch, weil das kausale Moment

---

[1]) Oertmann, Komm. § 254, 2a § 846 Anm. 1; Scherer, Komm. § 823 Nr. 10; Staudinger § 823 Anm. B 5.

[2]) Ganzhorn, Zivilersatz im Zweikampf, Dissert. Göttingen 1897.

[3]) Recht 1901 Nr. 9 S. 223—225.

[4]) Dr. Blüthgen, Die studentischen Schlägermensuren in zivil. und strafrechtlicher Beleuchtung, Berlin 1905.

gerade beim Duell auf beiden Seiten gleich mächtig ist. Man könnte versucht sein, gerade dem Umstand, daß nur der eine Paukant den verletzenden Hieb führt oder den tötenden Schuß abgibt, besondere Bedeutung beizumessen. Blüthgen hat auch in der Tat diesen Weg beschritten:[5]) „Durch das beiderseitige Gegenüberstellen setzen die beiden Paukanten gleichgewichtige Bedingungen zum Erfolg. Dadurch wird jedoch der Erfolg noch nicht bewirkt. Dies geschieht erst durch eine neue Ursache: den Hieb. Wer den verletzenden Hieb führt, hat die Verletzung vorwiegend verursacht.“ Diese Schlußfolgerung ist aus dem Grunde verfehlt, weil durch den Hieb der schädigende Erfolg nicht hätte bewirkt werden können, wenn nicht der Gegenpaukant durch das Gegenüberstellen eine gleichwertige, ebenso unentbehrliche Bedingung gesetzt hätte. Das Resultat Blüthgens ist aber nicht nur aus theoretischen Gesichtspunkten unrichtig, es ist auch im höchsten Maße unbillig. Die Ungerechtigkeit des Resultates wird dann um so mehr ersichtlich, wenn wir von Blüthgens Beispiel der studentischen Bestimmungsmensur abgehen und seinen Maßstab auch beim ernstlichen Zweikampf zur Anwendung bringen. Die schablonenhafte Behandlung, die Blüthgen vorschreibt, müßte uns dazu führen, den Schaden in ganz gleicher Weise zu verteilen, ob der Beleidiger oder der Beleidigte den Schaden erlitten hat. Nichts liegt aber der ratio legis ferner, als eine mechanische Abmessung der einzelnen Bedingung. Recht und Billigkeit sollen entscheiden über das Maß des Schadensersatzes, nicht die beiderseitige Geschicklichkeit oder der Zufall.

Wenn wir bei der Gewährung des Ersatzanspruches subjektive Momente berücksichtigen wollen, dann dürfen wir

---

[5]) Blüthgen l. c. S. 41.

unsere Betrachtungen nicht da anfangen, wo der Wille der Parteien in die äußere Erscheinung getreten ist, beim eigentlichen Kampfe, sondern wir müsssn zurückgreifen auf die Umstände, welche bei den Paukanten den Willen, zu kämpfen, hervorgerufen haben. Wir dürfen uns nicht begnügen zu konstatieren, daß ein Zweikampf stattgefunden hat, sondern wir müssen fragen, warum hat er stattgefunden.

Die entgegengesetzte Anschauung Ganzhorns, der das Hauptgewicht auf das Gegenübertreten zum Duell legen will, haben wir schon oben (S. 36) bekämpft. Ganzhorn muß selbst zugeben, daß schon in der Beleidigung, in der Forderung selbst, und in der Annahme derselben ein Verschulden liegt, doch soll davon abgesehen werden, weil es zurücktritt gegenüber dem Verschulden, welches der Kampf selbst in sich schließt. Die Motive des Zweikampfes, die Frage, wer hat beleidigt, wer hat gefordert, mit welchem Grunde ist gefordert worden, all das läßt Ganzhorn unberührt. Das Resultat, welches er erzielt, kann nicht zweifelhaft sein; das Verschulden, welches für ihn allein in Betracht kommt, ist auf beiden Seiten ein gleich großes und daher an eine Ersatzpflicht nicht zu denken.

Ganzhorn bezeichnet selbst das gewonnene Resultat als ein durchaus unbefriedigendes. Um so erstaunlicher ist es, daß er dann gleichwohl darauf bestehen bleibt, dem, was vor dem Duell vorgefallen ist, keine Bedeutung beizumessen. Meines Erachtens beruht auch Ganzhorns Fehler in einer ungenügenden Trennung der Begriffe: „Verursachen und Verschulden.“ Ganzhorn berücksichtigt lediglich das Verschulden der Duellanten, das sich durch in die äußere Erscheinung tretende Handlungen betätigt hat, er nimmt nur Bedacht auf die schuldhaften Handlungen, welche den Erfolg direkt ver-

ursacht haben. § 254 setzt wohl voraus, daß das beiderseitige schuldhafte Verhalten den Erfolg verursacht habe, und es wird deshalb auch beim Abwägen des beiderseitigen Verschuldens auf das schuldhafte Verhalten zunächst Bedacht genommen werden müssen, das mit dem Erfolge im Kausalzusammenhange steht. Damit ist aber die Frage nach dem Verschulden nicht erschöpft. Das schuldhafte Verhalten, wie es in § 254 zu berücksichtigen ist, setzt sich zusammen aus zwei Stadien, erstens dem schuldhaften Willen und zweitens der äußeren Betätigung dieses schuldhaften Willens. Nur das letztere Moment kann den Erfolg herbeiführen und wird, wenn es dies tut, zur Ursache. Wollen wir aber Verursachen und Verschulden nicht miteinander identifizieren, so müssen wir bei der Frage nach dem Verschulden namentlich auch das erstere, subjektive Moment, die Entwicklung des schuldhaften Entschlusses, nebst allen denselben beeinflussenden Umständen in den Kreis unserer Betrachtung ziehen. Auch beim Duell liegt schon in der Betätigung des Willens, sich zu duellieren, im Duell selbst ein Verschulden, das ganze Maß des beiderseitigen Verschuldens zeigt uns nur eine möglichst eingehende Erforschung der Umstände, die in dem Duellanten den Entschluß gezeitigt haben, zum Zweikampf anzutreten. Auch diese ferner liegenden Motive bei Berechnung des beiderseitigen Verschuldens zu berücksichtigen, dürfen wir nicht Bedenken tragen, da das Gesetz selbst dem Richter bei der Verteilung der Schadenslast die Prüfung aller Umstände zur Aufgabe macht.

Der unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens zu prüfende Tatbestand umfaßt sonach die ganze Vorgeschichte des Duells. Bei der Verschiedenartigkeit der Fälle kann natürlich nicht daran gedacht werden, auch nur annähernd

alle denkbaren Variationen in Betracht zu ziehen. Im wesentlichen wird das Hauptgewicht darauf zu legen sein, welcher der Duellanten das Duell provoziert hat. Je nachdem die Beleidigung einseitig von dem einen oder anderen, oder bei beiderseitigen Beleidigungen im überwiegenden Maße von dem einen ausgegangen ist, wird man veranlaßt sein, diesem ein Übermaß am Verschulden beizumessen. Freilich muß hierbei auch auf das Maß der Beleidigung Rücksicht genommen und in Betracht gezogen werden, ob die Beleidigung nicht in entsprechendem Maße auf andere Weise hätte gesühnt werden können, und ob insbesondere der Beleidiger nicht auf einem anderen Wege eine vollwertige Genugtuung angeboten hatte. In so gelagerten Fällen müßte man den, der hartnäckig auf dem Duell beharrt, als den überwiegend schuldigen Teil betrachten.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß bei Zugrundelegung dieses Maßstabes für die Frage des Schadensersatzes die Regeln des Taktes und der gesellschaftlichen Sitte eine ihnen sonst für die Rechtsprechung in der Regel nicht zukommende Bedeutung erlangen. Das Gericht hat hier nach Gesichtspunkten zu urteilen, welche für gewöhnlich nicht im Bereiche der richterlichen Urteilsfindung gelegen sind. Auch mag es dem Richter mitunter schwer fallen, die Objektivität seines Urteils zu wahren und seine persönlichen, gesellschaftlichen, religiösen Anschauungen, insbesondere seine persönliche Auffassung von der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Zweikampfes der allgemein herrschenden Anschauung unterzuordnen. Gerade dieses Erfordernis bringt Schwierigkeiten mit sich, da besonders in letzter Zeit sich eine Strömung zeigt, die mit schwerwiegenden Gründen

die Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit[1]) des Duells bekämpft. Wir müssen uns darüber klar sein, daß für die Gegenwart, nachdem alles in das richterliche Ermessen gestelllt ist, eine gewisse Rechtsunsicherheit nicht vermieden werden kann, und daß auch für die Zukunft eine Veränderung in der gesellschaftlichen Anschauung die Rechtsprechung beeinflussen wird. Und doch darf uns das gewonnene Resultat nicht zurückschrecken, da es ja gerade dem in den Motiven geäußerten Willen des Gesetzgebers vollauf entspricht, indem es einerseits dem richterlichen Ermessen den denkbar weitesten Spielraum gewährt, andererseits auch der Rechtsentwicklung keine Schranken setzt.

Der weite Spielraum, der durch die Fassung des § 254 dem richterlichen Ermessen bei der Schadensverteilung zugestanden wird, hat wiederholt Bedenken und Tadel hervorgerufen. Durch die Verweisung auf die Umstände sei dem Schadensersatzanspruche jede positive juristische Grundlage genommen. Gerade unsere Streitfrage dürfte jedoch beweisen, daß nur eine so allgemein gefaßte Bestimmung die Garantie für ein denkbar gerechtes Resultat bieten kann. Auch dürfen wir uns damit trösten, daß, wenn erst das Reichsgericht in einigen Fällen zu unserer Frage Stellung genommen hat, unbeschadet des freien richterlichen Ermessens, eine Einheitlichkeit in der Rechtsprechung eintreten wird.

II. Schadensersatzansprüche des Verletzten.

Die praktische Bedeutung des Zivilersatzes im Zweikampf liegt, wie wir schon eingangs betonten, weniger in den An-

[1]) Über diese Frage: Binding, Der Zweikampf und das Gesetz, Dresden 1905, Neue Zeit- und Streitfragen.

sprüchen des unmittelbar Verletzten, als vielmehr in den Rechten der Hinterbliebenen.

Nur in ganz außergewöhnlichen Fällen wird von seiten eines Duellanten ein Schadensersatz geltend gemacht werden; aber auch wenn dies geschieht, wird der Ersatz nur in seltenen Fällen vom Richter zugebilligt werden.

Von vorneherein scheiden die Verletzungen aus, die ein Duellant bei den sogen. Bestimmungsmensuren erhält, da es sich bei dieser Art Zweikampf nicht um die Austragung eines Ehrenhandels, der durch ein Verschulden des einen der Duellanten veranlaßt wurde, dreht; hier haben wir es mit einer Art Sport zu tun, mit einem Messen der gegenseitigen Fertigkeit in der Fechtkunst. Auch wenn bei einer solchen Mensur ganz gegen Erwarten eine außer des Rahmens der sonst üblichen Verletzungen liegende, besonders schwere Verletzung vorkommt, sind wir, entgegen Blüthgen, der Anschauung, daß auch dieser Schaden vom Gegner nicht ersetzt zu werden braucht. Ebensowenig kann von einer Schadensersatzpflicht bei allen jenen, namentlich in Studentenkreisen üblichen Duellen die Rede sein, bei denen die Beleidigung nicht der Grund des Zweikampfes, sondern nur Mittel zum Zweck ist.

Nur wenn es sich um Beleidigungen ernster Natur handelt, und wenn auf seiten des Täters ein überwiegendes Verschulden am Zustandekommen des Duells nachweisbar ist, mag ein Zivilersatz begründet sein; aber auch hier entspricht es der Billigkeit, daß nicht wegen jeden Schadens, den sonst das Gesetz berücksichtigt, Ersatz gewährt wird.

Dagegen haftet der Duellant für allen Schaden, wenn die Verletzung unter Übertretung der allgemein üblichen oder vorher vereinbarten Kampfesregeln beigebracht wurde. Hier

handelt es sich nicht mehr um eine im Duell und nach Duellregeln beigebrachte Verletzung oder Tötung, das ist gewöhnliche vorsätzliche Körperverletzung bezw. Mord. Diesem überwiegenden Verschulden des Täters gegenüber kann billigerweise das bisherige schuldhafte Verhalten des Verletzten keine Berücksichtigung finden. Es ist daher gerechtfertigt, den Täter in diesem Falle für jeglichen Schaden unbeschränkt haften zu lassen.

Gemäß § 823 BGB. ist, wer einen anderen widerrechtlich an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt, zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet. Was unter dem „daraus entstandenen Schaden" zu verstehen ist, entscheidet die Lehre vom Kausalzusammenhang. Wir haben bereits oben der Lehre von der adäquaten Verursachung den Vorzug gegeben und gelangen auch hier bei Anwendung des § 823 zu durchaus entsprechenden Resultaten.

Gänzlich ohne Belang ist es für die Schadensersatzpflicht des Täters, ob der Schaden voraussehbar war oder nicht. Das entspricht sowohl der adäquaten Kausalitätstheorie, als auch der aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ersichtlichen Absicht des Gesetzgebers. Die im ersten Entwurf getroffene Unterscheidung zwischen voraussehbarem und nicht voraussehbarem Schaden wurde als unbegründet gestrichen. Der Duellant haftet daher auch für den Schaden, der nur unter den besonderen, ihm nicht bekannten, ungünstigen Umständen entstanden ist. Solche Fälle unvoraussehbaren Schadens sind auch beim Duell leicht denkbar. Während des Hiebes springt die Klinge und verletzt, trotz des vorhandenen Augenschutzes, den Gegner am Auge, so daß dieser die Sehkraft verliert. Oder es führt der normalerweise ungefährliche Hieb infolge einer den beiden Duellanten unbekannten krankhaften

Körperbeschaffenheit des Verletzten (außergewöhnlich dünne Schädeldecke) den Tod herbei. Das sind Umstände, die der Duellant nicht voraussehen konnte, und doch muß er dafür aufkommen, da der Schaden die unmittelbare Folge seiner Tat ist. Nur wenn diese fehlerhafte Körperbeschaffenheit dem Verletzten bekannt war, so müßte nach Lage des Falles die Ersatzpflicht für diesen weitergehenden Schaden verneint werden, da eben der Verletzte die Pflicht gehabt hätte, seinen Gegner darauf aufmerksam zu machen, und er event. das Duell hätte ganz unterlassen müssen. Hat er dies nicht getan, so trifft ihn zweifellos ein überwiegendes Maß des Verschuldens. In allen übrigen Fällen haftet der Duellant auch für nicht voraussehbaren Schaden. Soweit der Kausalzusammenhang reicht, reicht auch die Haftung des Täters. Doch nicht darüber hinaus.

In allen jenen Fällen, in denen der Kausalzusammenhang nicht gewahrt ist, insbesondere in den Fällen der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, ist die Haftung des Täters ausgeschlossen. Hat der Duellant seinen Gegner leicht verletzt, und der Verletzte vernachlässigt die Wunde, oder der Arzt begeht einen groben Verstoß in der Behandlung, so daß Blutvergiftung hinzutritt und der Arm amputiert werden muß, so kann selbstverständlich der Duellant für diesen weitergehenden Schaden, für die Kosten der Operation und die verminderte Erwerbsfähigkeit des Verletzten nicht in Anspruch genommen werden. Gänzlich vereinzelt vertritt Liszt die gegenteilige Ansicht.[1]) Liszt kommt zu dieser Anschauung auf Grund der von ihm vertretenen Theorie von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen. In der Einheitlichkeit

[1]) Deliktsobligation, Berlin 1898, S. 78ff.

des Erfolges sieht Liszt die Einheitlichkeit der Handlung und des Delikts. Ihm erscheinen Täter und Arzt Teilnehmer an der unerlaubten Handlung, die nach § 830 BGB. solidarisch für den Schaden haften. Die Theorie von der Gleichwertigkeit der Bedingungen hat schon im Gebiet des Strafrechtes ungezählte Schwierigkeiten und Härten gezeitigt, für das Zivilrecht müssen wir sie als unbrauchbar bezeichnen.

Der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. sowie der speziellen Vorschriften der §§ 842, 843, 847 BGB.

Hiernach erstreckt sich die Schadensersatzpflicht auf

1. Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten.
2. Ersatz des entgangenen Gewinnes.
3. Schadensersatz wegen verminderter Erwersfähigkeit und eingetretener Mehrung der Bedürfnisse.
4. Ersatz wegen erschwerten Fortkommens.
5. Schmerzensgeld und Entschädigung wegen Verunstaltung.

Nach § 254 BGB. ist bei konkurrierendem Verschulden der Richter befugt, nach Maßgabe des beiderseitigen Verschuldens den Umfang des Ersatzes zu bestimmen, und kann darnach je nach den Umständen sowohl den ganzen Schadensersatz oder nur einen Teil zubilligen, oder auch den ganzen Ersatzanspruch versagen. Er kann daher zweifellos auch nur den in der einen oder anderen Richtung erwachsenen Schaden zubilligen.

a) Schmerzensgeld.

Von den oben aufgeführten Kategorien möchte ich beim Duell unbedingt für die Versagung des Schmerzensgeldes und der Entschädigung wegen Verunstaltung eintreten. Schon

§ 847 gewährt nur eine billige Entschädigung, d. h. eine Entschädigung nur, wenn und soweit es der Billigkeit entspricht. Davon kann aber dann nicht die Rede sein, wenn der Verletzte sich selbst in Schuld befindet. Insbesondere widerspricht die Gewährung solcher Entschädigungen auch den das Duell beherrschenden Begriffen von ehrenhafter, mutvoller Gesinnung.

Von den übrigen Schadensersatzansprüchen werden, sofern sie alle gleichzeitig geltend gemacht werden sollten, gleichfalls nicht alle zuzubilligen sein, da selbst bei überwiegendem Verschulden des Schädigers auch dem Verschulden des Geschädigten Rechnung getragen werden muß. Allgemeine Regeln lassen sich hier nicht aufstellen, da nur die jeweilige Lage des einzelnen Falles maßgebend sein kann. Es dürfte jedoch in der Mehrzahl der Fälle nicht unbillig erscheinen, die Kur- und Pflegekosten dem Verletzten selbst tragen zu lassen, da er mit diesem Teil des Schadens vernünftigerweise rechnen mußte. Doch wird hier, wie gesagt, der einzelne Fall entscheiden müssen.

Die für die einzelnen Ansprüche einschlägigen Gesichtspunkte können im Rahmen unserer Abhandlung nur in kurzen Umrissen angedeutet werden. Nur insoweit der Umstand, daß die Verletzung im Duell erfolgte, und soweit das konkurrierende Verschulden eine besondere abweichende Behandlung erheischt, müssen wir uns näher mit den einzelnen Fragen befassen.

b) Kur- und Pflegekosten.

Der Verletzte kann den Ersatz der erforderlichen Kur- und Pflegekosten verlangen. Was hierunter zu rechnen ist, bemißt sich nach dem Sachverständigenurteil und umfaßt nach

Umständen auch die kostspieligere Behandlung durch einen Spezialarzt oder in einer Anstalt, sofern hierdurch eine wirksamere Heilung oder Verringerung des Schadens zu erwarten ist.

c) Gewinnentgang.

Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, d. h. den Ersatz des Vermögenswertes, welchen der Verletzte nach Maßgabe seiner sonstigen Einkünfte mit Wahrscheinlichkeit erworben hätte, wenn er nicht durch die Verletzung bezw. die hierdurch verursachte Krankheit am Erwerb verhindert worden wäre. Neben diesem regelmäßigen Einkommen ist auch der Entgang eines außergewöhnlichen Erwerbes zu ersetzen, sofern derselbe mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Bei diesen Ansprüchen ist auf eine durch die Umstände der Verletzung bedingte Besonderheit Bedacht zu nehmen. Gemäß §§ 616, 617 BGB. genießen die zur Dienstleistung verpflichteten Personen gewisse Vergünstigungen insofern, als ihnen bei vorübergehender, schuldloser Verhinderung aus einem in ihrer Person liegenden Grunde die Vergütung für diesen Zeitraum nicht entzogen werden darf (§ 616), und als sie ferner, bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, im Falle einer Erkrankung bis zur Dauer von 6 Wochen verpflegt werden müssen. Diese Vergünstigung tritt jedoch nur ein, wenn die Verhinderung bezw. Erkrankung vom Dienstpflichtigen weder vorsätzlich, noch grobfahrlässig herbeigeführt ist. Sie entfällt daher, wenn ein Dienstpflichtiger (Fabrikingenieur, Assistent an einer Klinik usw., bezw. ein Hauslehrer oder Erzieher) wegen einer im Duell erhaltenen Verletzung an der Dienstleistung verhindert ist oder der ärztlichen Behandlung und häuslichen Pflege bedarf; denn

in diesem Falle ist die Verletzung schuldhafterweise herbeigeführt. Es ist daher der Täter auch wegen der in obigen Paragraphen genannten Leistungen ersatzpflichtig, wenn der Arbeitgeber dem Dienstverpflichteten die Vergünstigungen wegen des eigenen Verschuldens entzieht.

Außer der Entziehung der Vergünstigung des § 616 und § 617 riskieren die bezeichneten Dienstverpflichteten ferner, daß ihnen bei länger andauernder Krankheit das Dienstverhältnis vorzeitig gekündigt wird, gemäß § 626 BGB. Aber auch ohne daß es zu einer Verletzung gekommen ist, kann gewissen Dienstverpflichteten, den Hauslehrern und Erziehern, aus dem Duell selbst ein außerordentlicher Kündigungsgrund erwachsen. Das Duell ist nun einmal eine vom Gesetz und von der Religion verpönte Handlung, und wir müssen daher einem Familienvater, der prinzipiell auf einem duellfeindlichen Standpunkte steht, das Recht einräumen, den Erzieher seiner Kinder, der sich duelliert hat, zu entlassen. Ob freilich ein aus diesem Grunde entstandener Schaden von dem Duellgegner ersetzt werden muß, wird nach den Umständen des Falles sehr in Zweifel zu ziehen sein. Auf derartige rein persönliche Angelegenheiten Rücksicht zu nehmen, ist mehr Sache des Dienstpflichtigen, der sich trotz dieser Umstände auf den Zweikampf einläßt, als Sache des Duellgegners.

d) Ansprüche wegen verminderter Erwerbsfähigkeit.

Von weitaus größter praktischer Bedeutung sind meines Erachtens die Ansprüche wegen verminderter oder gänzlich aufgehobener Erwerbsfähigkeit. Wir haben bereits mehrfach hervorgehoben, daß der Duellant von seinem Gegner nur in seltenen Fällen und aus triftigen Gründen Schadensersatz verlangen wird. Seine Ehre und sein Schamgefühl werden

ihn davon zurückhalten. Ein solch triftiger Grund kann aber die bittere Not sein, in die ein Duellant gerät, der im Zweikampf seine gesunden Glieder und damit seine Erwerbsfähigkeit eingebüßt hat.

Der Schadensersatz wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und der Ersatz der durch die vermehrten Lebensbedürfnisse bedingten Ausgaben hat durch Gewährung einer Rente gemäß § 760 BGB. zu erfolgen. Diese Renten sind keine Unterhaltsansprüche. Es finden daher auch die verschiedenen für Unterhaltsansprüche geltenden Begünstigungen auf diese Rentenansprüche keine Anwendung. Nur bezüglich der Pfändung und vorläufigen Vollstreckbarkeit sind sie ihnen gleichgestellt.[2])

Die rechtliche Natur der Schadensersatzansprüche bringt es mit sich, daß die Rente bezahlt werden muß, ohne Rücksicht auf die Bedürftigkeit des Rentennehmers. Auf der anderen Seite braucht jedoch nur der Schaden ersetzt zu werden, der dem Verletzten tatsächlich entsteht. Was der Verletzte etwa an Pension oder Versicherungsbeträgen bezieht, muß er sich anrechnen lassen, so daß der Ersatzpflichtige nur die Differenz zwischen dem bisherigen Einkommen und dem nunmehrigen Einkommen inkl. Pension usw. zu leisten hat. Dagegen wird der Täter von der Ersatzpflicht nicht dadurch befreit, daß ein zum Unterhalt verpflichteter Verwandter vorhanden ist (§ 843 Abs. 4).

Die Höhe der Rente setzt der Richter nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände fest. Auch kann bei eingetretener Veränderung in der Erwerbsfähigkeit des Verletzten eine Abänderung der festgesetzten Rente im Wege der Klage verlangt werden (§ 323 ZPO.).

[2]) § 708 Nr. 6, § 850 Abs. III ZPO.

e) Schadenseratz wegen erschwerten Fortkommens.

Als Schäden, welche das Fortkommen des Geschädigten erschweren, kommen beim Duell entstellende Verletzungen in Betracht, die dem Verletzten bei Ausübung seines Berufes hinderlich sein können. Diese Ansprüche sind in der Ursache verwandt mit den Ansprüchen aus § 847, unterscheiden sich von diesen aber dadurch, daß die letzteren einen Vermögensschaden nicht zur Voraussetzung haben. In ihrer Wirkung können sie, wenn durch die Entstellung eine Minderung der Erwerbsfähigkeit eintritt, mit den Ansprüchen aus § 843 BGB. zusammenfallen.

Das Resultat unserer Betrachtung geht sonach dahin, daß der verletzte Duellant wegen der in § 847 genannten Nachteile einen Ersatz nicht verlangen kann. Von den übrigen Ansprüchen wird der Richter nach freiem Ermessen, je nach dem Maß des überwiegenden Verschuldens den einen oder den anderen, und wohl nur in ganz seltenen Fällen sämtliche geltend gemachten Ansprüche zubilligen können.

III. Schadensersatzansprüche des mittelbar Verletzten.

Bei den Schadensersatzansprüchen wegen Tötung und Verletzung eines Menschen hat das BGB. in §§ 844 und 845 den Grundsatz durchbrochen, daß für den aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schaden nur der unmittelbar Verletzte Ersatz verlangen kann. Verschiedene neuere Kommentare unterscheiden bei den Ansprüchen des unmittelbar Verletzten den Kreis der Ersatzansprüche, je nachdem der Tod sofort oder erst später eingetreten ist. Im ersteren Falle

gelangen nur die Ansprüche aus §§ 844, 845 zur Entstehung, in letzterem Falle können außerdem noch die Kosten der versuchten Heilung sowie die Ansprüche aus §§ 843, 847 in Frage kommen.

Ich erachte die Hereinziehung dieser letzteren Ansprüche zu den Rechten des mittelbar Verletzten für nicht korrekt, da diese Ansprüche nicht in der Person des mittelbar Verletzten, der sie geltend macht, entstanden sind, sondern bereits in der Person des unmittelbar Verletzten. Überdies sind es keine Ansprüche wegen Tötung, sondern wegen Verletzung eines Menschen, die nur infolge des Todes des ursprünglichen Inhabers auf die Erben übergegangen sind.

Nur wenn der unmittelbar Verletzte zur Geltendmachung dieser Ansprüche berechtigt war, können sie auf die Erben übergehen. Daher ist für alle diese Ansprüche, die sich aus dem Rechte des Verletzten ableiten, ohne weiteres § 254 maßgebend.

Die Kosten der versuchten Heilung und der Verpflegung können, soweit der Verstorbene nicht Ersatz verlangt hat, von den Erben vergütet verlangt werden. Ebenso auch Ansprüche aus § 843, jedoch nur in der durch § 760 Abs. 2 u. 3 gezogenen Beschränkung. Diese Ansprüche stehen auch den Erben eines an den Folgen des Duells Gestorbenen zu, soweit der Täter im überwiegenden Maße schuldig war. Dagegen stehen auch den Erben des beim Duell Getöteten die Ansprüche aus § 847 wegen des konkurrierenden Verschuldens des Verletzten nicht zu, auch wenn der Anspruch rechtshängig geworden ist, da diesem Anspruch bei Verletzungen aus dem Duell, wie bereits dargelegt, unter keinen Umständen stattgegeben werden kann.

Im ersten Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches

waren diese Ansprüche mit dem jetzt in § 844 zusammengefaßten Rechten dritter Personen systemlos durcheinandergeworfen. In der jetzigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches sind diese Ansprüche mit Recht gar nicht mehr erwähnt.

IV. Die selbständigen Rechte dritter Personen.

A. Inhalt und Umfang dieser Rechte.

Auch die gemeinrechtliche Praxis, sowie die meisten neueren Gesetzgebungen haben Rechte dritter, mittelbar verletzter Personen gekannt. Sowohl der Kreis der ersatzberechtigten Personen, wie der Inhalt und Umfang der Rechte, war in den einzelnen Rechtsgebieten ein verschiedener, im Geltungsbereich des gemeinen Rechtes ein vielbestrittener. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, was es aus den einzelnen Rechtsgebieten übernommen hatte, in den §§ 844, 845 zusammengefaßt. Danach hat der für den Tod eines Menschen Haftpflichtige zu gewähren:

1. Ersatz der Beerdigungskosten § 844 I,
2. Schadensersatz an die kraft Gesetzes Unterhaltungsberechtigten § 844 II,
3. Schadensersatz an die Personen, denen der Getötete kraft Gesetzes zu Diensten verpflichtet war.

Voraussetzung dieser Ansprüche ist die Tötung eines Menschen. Ob der Tod sofort eintrat oder erst später, ist gleichbedeutend, es ist nur erforderlich, daß der Kausalzusammenhang gewahrt ist. Ebensowenig hat es darauf anzukommen, ob der Tod voraussehbar war, da ja der Täter für jeden aus seiner Rechtsverletzung entspringenden Nachteil

haftet. Daher kommt § 844 nach der herrschenden Anschauung[1]) auch zur Anwendung bei Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode. Staudingers Kommentar läßt im Falle des § 226 StGB. nur dann wegen Tötung haften, wenn die Tötung dem Täter als Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann. Im Resultat wird Staudinger auf das gleiche kommen. Anderer Ansicht ist nur Liszt,[2]) der die Anwendbarkeit des § 844 bei Körperverletzung mit Todesfolge leugnet. Diese Anschauung Liszts ist um so unverständlicher, da er auch sonst den Täter für allen Schaden verantwortlich macht, sofern er nur irgend eine Bedingung zum Erfolge gesetzt hat. Hier läßt Liszt den Täter nicht haften, dagegen soll nach seinem auf S. 78 l. c. aufgeführten Beispiel der Täter für Tötung haften, wenn der Verletzte stirbt, weil der Arzt die Wunde mit einer vergifteten Sonde untersucht hat.

Wir können uns Lizts Anschauung nicht anschließen, da auch die Körperverletzung mit Todesfolge im Sinne des Zivilrechtes eine Tötung ist; denn hier kommt es nicht auf den Vorsatz an, sondern auf den Kausalzusammenhang. Dieser ist aber in den Fällen des § 226 StGB. zweifellos gegeben.[3]) Auch die Protokolle der zweiten Kommission sind der Anschauung, daß eine Unterscheidung, wie sie § 226 StGB. getroffen hat, nicht auf das Zivilrecht übertragen werden darf. Im übrigen stehen die Protokolle auf der Ansicht, wie sie im Kommentar von Staudinger wiedergegeben ist.

---

[1]) Endemann § 201 Note 10; Oertmann § 844, 3; Planck § 844 Note 2.

[2]) Liszt, Deliktsobligationen S. 29.

[3]) vgl. im übrigen die obigen Ausführungen auf S. 74.

a) Begräbniskosten.

Mit dem Ersatz der Begräbniskosten hat das Bürgerliche Gesetzbuch die gemeinrechtliche Praxis verlassen und den vom preuß. Rechte vorgezeigten Weg beschritten. Es hat jedoch den Ersatzanspruch in weit ausgedehnterem Maße gewährt, indem es nicht nur der Witwe und den Kindern, sondern allen kraft Gesetzes oder kraft Vertrages zur Tragung dieser Kosten Verpflichteten (Erben, Unterhaltspflichtigen, Sterbekassevereinen usw.) den Ersatzanspruch zugebilligt hat. Über die Höhe der zu ersetzenden Kosten einer standesgemäßen Beerdigung entscheidet das richterliche Ermessen.

b) Ersatzansprüche der Unterhaltungsberechtigten.

Das Gesetz hat den Kreis der Ersatzberechtigten ausgedehnt auf alle kraft Gesetzes alimentationsberechtigten Personen und damit die im gemeinen Rechte bestehende Streitfrage entschieden. Ein von der Reichstagskommission gestellter Antrag, auch jenen Personen, die tatsächlich vom Verlebten Unterhalt bezogen, oder denen der Verlebte auf Grund Vertrages zum Unterhalt verpflichtet war, die Rente zuzusprechen, wurde abgelehnt. Desgleichen steht allen denen, die durch die Tötung sonstwie geschädigt wurden (den Versicherungsgesellschaften, Personen, die eine Leistung vom Getöteten zu fordern hatten), ein Ersatzanspruch gegen den Täter nicht zu.

Voraussetzung des Unterhaltsanspruches ist, daß der Getötete zum Rentennehmer zur Zeit der Verletzung[4]) in einem kraft Gesetzes unterhaltspflichtigen Verhältnis gestanden war, wenn auch in diesem Zeitpunkt noch kein Unterhalt ent-

---

[4]) Nicht des Todes.

richtet wurde. Unterhaltsberechtigt ist insbesondere auch ein im Zeitpunkt der Verletztung bereits erzeugtes Kind (nasciturus). Die Schadensersatzpflicht des Täters ist begründet, wenn mit dem Tode des bisher Verpflichteten die Unterhaltspflicht erlischt, gleichviel ob noch andere Personen vorhanden sind, die in zweiter Linie zum Unterhalt verpflichtet wären. Dagegen soll nach der allgemein herrschenden Anschauung die Voraussetzung des § 844 nicht gegeben sein, wenn die primäre Unterhaltungspflicht nicht erlischt, sondern auf den Erben des Getöteten übergeht; so bei § 1582 (allein schuldige Ehegatte) und § 1712 (uneheliche Vater). Dem Wortlaut dieser Vorschrift entspricht diese Unterscheidung. Im übrigen ist sie schwer verständlich. Die Vorschrift des § 844 bezweckt zweifellos in erster Linie den Schutz des Rentenberechtigten; in zweiter Linie soll aber auch der nächst dem Getöteten zum Unterhalt Verpflichtete keinen Schaden erleiden. Das ergibt sich aus der Verweisung auf § 843 Abs. 4.

Auch der Erbe des unehelichen Vaters ist ja doch im Sinne dieser Vorschrift ein anderer, als der Getötete, wenn auch die Unterhaltspflicht als primäre auf den Erben übergeht, und es fordert die Billigkeit, daß der Erbe gleichfalls den Schutz des § 843 genießt und nicht für den Schaden aufzukommen hat, den ein anderer angerichtet hat. De lege ferenda wäre daher m. E. eine Beseitigung dieser keineswegs zweckmäßigen Unterscheidung zu wünschen.

Die Entschädigung ist in Gestalt einer Rente zu gewähren, deren Höhe und Umfang sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Unterhaltspflicht bemißt. Nur soweit die Unterhaltungspflicht des Getöteten gereicht hätte, besteht die Verpflichtung zum Schadensersatze.

c) Ansprüche des Dienstberechtigten (§ 845).

Der Ersatzanspruch des § 845 steht denen zu, welchen der Getötete oder Verletzte zur Leistung von Diensten im Hauswesen und Gewerbe kraft Gesetzes verpflichtet war, und die durch die dauernde oder vorübergehende Entziehung der Dienste geschädigt sind. Diese Ansprüche sind für unseren speziellen Fall, bei Tötung im Duell, ohne praktische Bedeutung.

B. Der Einfluß des eigenen Verschuldens des Getöteten auf die Rechte Dritter.

a) Allgemeines.

Die Ersatzansprüche aus §§ 844 und 845 sind selbständige, diesen Personen kraft eigenen Rechtes zustehende Ansprüche. Sie sind daher der Verfügungsgewalt des unmittelbar Verletzten entzogen und werden durch einen Verzicht oder eine Einwilligung des Getöteten nicht berührt Die logische Konsequenz müßte dazu führen, bei diesen Ansprüchen das Verschulden des unmittelbar Verletzten außer Betracht zu lassen.

Dies Resultat erschien jedoch dem Gesetzgeber keineswegs befriedigend; auch war die Selbständigkeit der Rechte Dritter nicht über allen Zweifel erhaben, und so kam es, daß in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes zwei Anträge gestellt wurden, welche das Verhältnis des eigenen Verschuldens zu diesen Rechten Dritter durch eine präzise gesetzliche Bestimmung zu regeln bezweckten. Der erste Antrag war im wesentlichen damit begründet, daß Zweifel entstehen könnten, ob diese Rechte selbständige Ansprüche seien oder ob es sich hier um eine, der freien Verfügung des

Verletzten unterworfene Erweiterung seiner Rechte handele. Insbesonders erschien dem Antragsteller die Regelung wünschenswert mit Rücksicht auf die divergierende Rechtsprechung des Reichsgerichts und preuß. Obertribunals.

Der zweite Antrag forderte, von der Selbständigkeit der Rechte ausgehend, eine Ausdehnung des im § 254 enthaltenen Prinzips auf diese selbständigen Rechte. Der Antrag war damit begründet, daß der Anspruch der Hinterbliebenen seinen Grund in der Tötung habe; es liege daher in der Natur der Sache, daß die Hinterbliebenen mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zu dem Verlebten auch die Folgen von dessen Fahrlässigkeit auf sich nehmen müßten. Dieser letztere Antrag fand die Zustimmung der Kommission und bildete die Grundlage für den jetzigen § 846 des Gesetzes. Danach ist auch bei den selbständigen Ansprüchen Dritter nach §§ 844, 845 das Verschulden des Getöteten in Betracht zu ziehen und die Ersatzpflicht des Täters von den Umständen, insbesondere davon abhängig, ob das Verschulden des Täters oder des Getöteten überwiegend war.

b) Beim Duell.

§ 846 gibt uns auch den Schlüssel zur Lösung der Frage nach den Ersatzansprüchen der Hinterbliebenen eines im Duell Gefallenen. Er verweist auf das Prinzip des § 254, was für unsere Frage so viel zu sagen hat, als daß beim Duell ein Ersatzanspruch des Hinterbliebenen so weit begründet ist, als ein Ersatzanspruch des Duellanten begründet sein würde, wäre statt der Tötung nur eine Verletzung erfolgt. Nur insoweit auf seiten des Getöteten das geringere Verschulden vorlag, können die Hinterbliebenen Ersatz ihres Schadens verlangen. Ohne Zweifel enthält § 846 eine wichtige Beschränkung der

Selbständigkeit der Rechte Dritter, aber eine Beschränkung, die gerade bei Tötung im Duell nur zu begrüßen ist, und die das erreicht, was wir als das allein Billige bezeichnet haben. Auch die bisherigen Gesetzgebungen haben fast durchgängig den Ersatzanspruch der Hinterbliebenen anerkannt, von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß die am Duell unbeteiligten Dritten nicht durch das Duell Schaden leiden sollten. Wir haben diesen Standpunkt schon früher als keineswegs zutreffend bezeichnet, da er nur das schuldhafte Verhalten des Täters dem schuldlosen Verhalten der Hinterbliebenen gegenüberstellt, aber das vielleicht weit größere Verschulden des Getöteten nicht bedenkt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit diesem Prinzip gebrochen und den Ersatzanspruch in erster Linie von dem beiderseitigen Verschulden der Duellanten abhängig gemacht, ohne Rücksicht auf die Schuldlosigkeit des Dritten.

C. Verschulden des Ersatzberechtigten.

Mit vorstehendem soll jedoch nicht gesagt sein, daß ein event. Mitverschulden eines ersatzberechtigten Dritten gänzlich unberücksichtigt bleibt. Diese in den ersteren Auflagen von Fischer-Henles Handausgabe vertretene Anschauung ist allgemein als unrichtig verworfen und auch vom Reichsgericht in einer Entscheidung (abgedr. in Bd. 55 S. 28) als unzutreffend bezeichnet worden. Freilich ist die Berücksichtigung des eigenen Verschuldens des Dritten nicht in der Sonderbestimmung des § 846, sondern in der allgemeinen Vorschrift des § 254 begründet. Ein hiernach in Betracht zu ziehendes Verschulden erblickte ich in einer Anstiftung oder Aufreizung zum Duell, sowie in einer mangelhaften Pflege des Verletzten durch den hierzu verpflichteten Ersatz-

berechtigten. Durch die Anstiftung und Aufreizung macht sich der Dritte überdies nach § 830 für den Schaden haftbar, und es ist daher selbstverständlich, daß er vom Täter einen Ersatz nicht verlangen kann. Eine mangelhafte Pflege oder nachlässige Behandlung des verletzten Duellanten durch einen ersatzberechtigten Dritten kann, wenn hierdurch der Tod des Verletzten verursacht wird, unter Umständen sogar dazu führen, den Duellgegner von jeder Ersatzverbindlichkeit freizusprechen. War die vom Duellgegner verübte Verletzung eine ganz unbedeutende, und ist erst durch das grobe Versehen oder die unrichtige Behandlung des Dritten der Tod herbeigeführt worden, kann von einer Haftung des Duellgegners wegen Tötung gar keine Rede sein. Dieser haftet nur wegen Verletzung. Nur insoweit es sich nicht feststellen läßt, ob die Nachlässigkeit des Dritten oder die ursprüngliche Verletzung den Tod verursacht, halte ich eine Anwendung des § 254 gerechtfertigt. Nach Ansicht der Redaktionskommission würden diese beiden Fälle gleichheitlich nach § 254 zu behandeln sein, ob es sich nun um ein mitwirkendes Verschulden oder eine sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs handelt. Und doch ist eine Unterscheidung dieser Fälle für den Duellgegner von weittragender Bedeutung. Ein konkurrierendes Verschulden eines einzelnen Ersatzpflichtigen vermag bei der Selbständigkeit der Ansprüche des § 844, keinen Einfluß auszuüben auf die Ansprüche allenfalls vorhandener anderer Ersatzpflichtigen; diesen bleibt der Täter nach wie vor haftbar. Ist dagegen die Nachlässigkeit des Dritten von allein ausschlaggebender Bedeutung für den Tod gewesen, so ist der Duellgegner keinem der ersatzberechtigten Hinterbliebenen zum Schadensersatz verpflichtet, da eben dann nicht er, sondern jener Dritte den Tod verursacht hat.

Von diesen beim Duell gewiß seltenen Fällen des mitwirkenden Verschuldens eines Ersatzberechtigten abgesehen, bemißt sich die Ersatzpflicht regelmäßig nur nach dem vorwiegenden Verschulden des Duellanten. Es ist wohl nicht ausgeschlossen, daß auch der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches mitunter für die Hinterbliebenen, denen der Ersatzanspruch wegen des überwiegenden Verschuldens des Gefallenen versagt wird, als Härte empfunden wird. Würde man jedoch dem minderschuldigen Duellgegner die Sorgen für die Hinterbliebenen auferlegen, wie es die bisherigen Gesetzgebungen getan, würde das noch mehr der Gerechtigkeit zuwiderlaufen. Denn es erscheint immer noch billiger, daß die den Schaden tragen, die mit dem Schuldigen durch die Bande der Familie und Verwandtschaft verbunden waren, als der fernstehende und überdies durch den Gefallenen provozierte Duellgegner.

Trotz dieser etwa möglichen Härten müssen wir das Resultat als ein dankenswertes bezeichnen, da es mit dem bisherigen schablonenhaften Verfahren gebrochen und dem Richter eine freie Würdigung aller Faktoren bei Zubilligung der Ersatzansprüche ermöglicht hat.

§ 5.

Ersatzpflichtige Personen.

A. Duellant.

Zum Ersatz des im Duell entstandenen Schadens ist in erster Linie der Duellgegner verpflichtet. Aus der rechtlichen Natur der Ansprüche der §§ 842ff. ergibt sich, daß der Täter mit seinem ganzen Vermögen haftet, und daß ihm insbesondere

die Vergünstigung des § 1603 nicht zugute kommt, wonach der Unterhaltspflichtige zur Leistung nur so weit verpflichtet ist, als dadurch sein eigener standesgemäßer Unterhalt nicht gefährdet wird.

a) Einfluß des Güterstandes.

Der Umfang des haftenden Vermögens wird bei einem verheirateten Schuldner durch den ehelichen Güterstand beeinflußt. Beim gesetzlichen Güterstand haftet dem Beschädigten nur das Vermögen des Mannes, da die Gläubiger des Ehemannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute nicht verlangen können (§ 1410). Dagegen haftet bei jeder Form des vertragsmäßigen Güterstandes das Gesamtgut unbeschränkt, da die Schulden des Ehemannes, gleichviel woher sie stammen, Gesamtgutsverbindlichkeiten sind.[1]) Soweit das Gesamtgut für eine derartige Verbindlichkeit eingetreten ist, hat im Verhältnis der Ehegatten untereinander der Mann dem Gesamtgute Ersatz zu leisten. Im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft jedoch nur insoweit, als das Duell nach Eintritt der Gemeinschaft stattfand,[2]) im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft auch für eine vor dem Eintritt der Errungenschaft entstandene Verbindlichkeit[3]) aus dem Duell.

b) Minderjährigkeit des Duellanten.

Der Umstand, daß gerade in Studentenkreisen der Duellsitte besonders gehuldigt wird, bringt es mit sich, daß nicht selten auch minderjährige Personen zum Zweikampf antreten.

---

[1]) §§ 1459, 1530, 1549.

[2]) § 1463 Ziff. 1, § 1549.

[3]) § 1536 Ziff. 1 u. 3.

Hat ein minderjähriger Duellant seinem Gegner Schaden zugefügt, so wird unter Umständen der Inhaber der elterlichen Gewalt neben dem Duellanten für den Schaden aufzukommen haben. Bei allem Entgegenkommen, welches der Duellsitte von der Gesellschaft und dem Gesetz bezeigt wird, läßt sich der dem Duell anhaftende deliktische Charakter nicht leugnen. Ist aber der Zweikampf eine unerlaubte Handlung, so besteht für den Inhaber der elterlichen Gewalt die Verpflichtung, den seiner Aufsicht unterstellten Minderjährigen von der Begehung der unerlaubten Handlung abzuhalten. Verletzt er diese Pflicht, so ist er neben dem Minderjährigen für den Schaden als Gesamtschuldner verantwortlich. Wann diese Aufsichtspflicht verletzt wird, ist Tatfrage. Insbesondere wird eine Verletzung nicht schon dann angenommen werden dürfen, wenn der Gewalthaber versäumt hat, das Duell zu verhindern, denn dazu wird er in den meisten Fällen nicht in der Lage sein, da er den Minderjährigen nicht beständig überwachen kann. Dagegen möchte ich ihn dafür haftbar machen, wenn das Duell mit seinem Wissen und Willen stattfindet, oder er dem Minderjährigen ein für allemal den Zweikampf gestattet hat. Im Verhältnis zueinander hat gemäß § 840 Abs. 2 der Minderjährige den Schaden zu tragen.

c) Gegenseitige Verletzungen.

Für den Fall beiderseitiger Verletzung hat, wie wir gesehen haben, das preuß. Landrecht die Schadensersatzpflicht nach besonderen Vorschriften geregelt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von einer speziellen Bestimmung abgesehen; mir erscheint dieselbe bei dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches auch ganz überflüssig. Und doch sind auch

hier die Meinungen geteilt. Hoeniger[4]) vertritt in seinem Aufsatze im Recht die Ansicht, daß das Gericht unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 254 den Schadensersatz jeder Partei gesondert festzusetzen habe; diese Ansprüche gegeneinander aufzurechnen stehe nichts im Wege. Im Gegensatz hierzu behauptet Scherer,[5]) daß die beiderseitigen Ersatzansprüche nicht gegeneinander aufgerechnet werden können. Insoweit Scherer die Aufrechnungsmöglichkeit bestreitet, ist er zweifellos im Recht, da § 393 BGB. ausdrücklich die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen, unerlaubten Handlung für unzulässig erklärt. M. E. ist jedoch der Streit über die Anfechtbarkeit ein unnützer. Gegen Höniger bin ich der Anschauung, daß die Ersatzansprüche jeder Partei nicht gesondert festzusetzen sind, sondern daß unter Berücksichtigung des beiderseitigen Verschuldens und der in Betracht kommenden Umstände festzustellen ist, welcher der Duellanten ersatzberechtigt ist. Die Prüfung dieser Frage muß zu dem Resultate führen, daß entweder auf seiten des einen Duellanten ein überwiegendes Verschulden am Duell vorliegt, dann ist dieser wohl ersatzpflichtig, kann aber für seine Person einen Ersatz nicht verlangen, oder es läßt sich nicht entscheiden, auf welcher Seite ein überwiegendes Verschulden besteht, dann ist keiner ersatzpflichtig, sondern jeder trägt seinen Schaden selbst. Auf keinen Fall können auf beiden Seiten Ersatzansprüche zugebilligt werden, dies widerspricht schon dem Prinzip des § 254.

---

[4]) Recht 1901 S. 224.

[5]) Scherer, Komm. § 823 S. 1250.

B. Ersatzpflicht dritter Personen.

Neben dem eigentlichen Täter ist nach § 830 BGB. für den Schaden mitverantwortlich, wer gemeinsam mit dem Täter die unerlaubte Handlung begangen hat. Dem Mittäter stehen gleich der Anstifter und Gehilfe (Abs. 2 l. c.). Als beim Duell beteiligte Personen, die entweder um das Zustandekommen des Duells sich bemüht haben oder beim Duell selbst tätig geworden sind, nennt unser Strafgesetzbuch beim Zweikampfverbrechen den Kartellträger, die Sekundanten, Ärzte und Zeugen. Was wir unter Anstifter und Gehilfen zu verstehen haben, besagen uns die im Strafrecht für diese Begriffe aufgestellten Definitionen.

Aus dem Gesichtspunkte der Anstiftung ist keine der oben genannten Personen in Anspruch zu nehmen, da die diesen einzelnen Personen zukommende Tätigkeit immer erst dann beginnt, wenn der Duellant zum Duell bereits entschlossen ist, bei einem zur Tat bereits Entschlossenen eine Anstiftung aber nicht mehr möglich ist.

a) Sekundanten, Zeugen, Ärzte.

Ohne Zweifel strittiger ist die Frage der Beihilfe beim Duell. Für gewisse Beteiligte hat das Strafgesetzbuch durch ausdrückliche Bestimmung Straflosigkeit ausgesprochen. Es sind dies die Sekundanten, Zeugen und Ärzte. Diese Personen sind auch vom zivilrechtlichen Standpunkte gleichheitlich zu behandeln. Die strafrechtliche Wissenschaft behandelt diese Beteiligten durchwegs als Gehilfen zum Zweikampfverbrechen und erklärt ihre Straflosigkeit als eine Ausnahme des in § 49 StGB. enthaltenen Prinzips. Hoeniger[1]) bekennt sich, allerdings ohne jede Begründung, zu der gegenteiligen An-

[1]) Hoeniger, Recht 1901 S. 224.

schauung, daß diese Personen als Anstifter und Gehilfen im strafrechtlichen Sinne jedenfalls nicht zu betrachten seien. Levi in seiner Abhandlung zur Lehre vom Zweikampfverbrechen [2]) vertritt den herrschenden Standpunkt und erklärt die Straflosigkeit damit, daß die Sekundanten, Zeugen und Ärzte lediglich eine wohltätige Einwirkung auf die Kampfordnung ausüben und dadurch zur Minderung der Gefahr beitragen. Vom Standpunkt des Strafrechts mag es noch hingehen, diese Personen als Gehilfen anzusehen, obwohl ich es auch hier, wenigstens was die Ärzte und Zeugen anlangt, nicht in so bestimmter Weise aussprechen möchte. Die Beihilfe erfordert, daß dem Täter durch die Handlung des anderen die Ausführung erleichtert worden ist. Das kann aber durch das bloße Gegenwärtigsein nicht geschehen.

Ganz entschieden muß jedoch vom Standpunkte des Zivilrechtes die Gehilfeneigenschaft verneint werden. Hier tritt das Moment der Schadenszufügung, die den Schaden verursachende Verletzung in den Vordergrund. Für den Schaden kann aber nur der mitverantwortlich gemacht werden, der durch Begünstigung des Täters den Schaden auf irgendwelche Art gefördert hat. Das ist bei diesen Personen in keiner Weise der Fall. Es wäre auch höchst unbillig, die Sekundanten, Zeugen und Ärzte, die teils durch Aufrechterhaltung der Duellregeln, teils durch sofortiges sachverständiges Eingreifen die Gefahr vermindert haben, für den Schaden verantwortlich zu machen. Wenn schon das Strafgesetzbuch diesen Beteiligten mit Rücksicht auf die Art ihrer Beteiligung Straflosigkeit gewährt, müssen sie noch vielmehr jeder zivilrechtlichen Haftung enthoben werden.

---

[2]) Leipzig 1889, S. 126.

b) Kartellträger.

Für Kartellträger hat das StGB. in § 203 eine selbständige Strafe für die Herausforderung festgesetzt. Die Tätigkeit des Kartellträgers ist mit der Überbringung der Herausforderung an den Gegner erschöpft. Beim Duell selbst wird der Kartellträger in keiner Weise mehr tätig; er leistet also nur Gehilfendienste bei der Herausforderung. Kommt es im weiteren Verlaufe zum Zweikampf, so soll sich nach der herrschenden Anschauung die anfänglich nur zur Vorbereitungshandlung geleistete Beihilfe in eine Beihilfe zum Delikt selbst verwandeln. Auch das Reichsgericht hat diese Ansicht sanktioniert, hat jedoch die von Olshausen u. a. daraus gezogenen Konsequenzen nicht gebilligt. Nach Olshausen[3]) wird durch § 203 nur die Strafe des Kartellträgers für seine bei der Herausforderung geleistete Beihilfe erschöpft; kommt es aber zum Zweikampf, so ist seine Strafe überdies aus § 49 StGB. zu berechnen. Das Reichsgericht[4]) begründet seine gegenteilige Anschauung unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des § 203. „Diese Auslegung entspreche auch der vom Gesetzgeber bei der ganzen Duellgesetzgebung mit Rücksicht auf die herrschende Anschauung der Gesellschaft geübten Milde." Durch diese Stellungnahme bekundet das Reichsgericht die Anschauung, daß es nicht billig sei, den Kartellträger für die schweren Folgen der Handlungsweise des Duellanten verantwortlich zu machen, die er doch in keiner Weise beeinflussen kann.

Die nämlichen Erwägungen werden auch für die zivilrechtliche Frage maßgebend sein. Auch hier möchte ich

---

[3]) Olshausen, Komm. 7. Aufl. 1905 § 205, 4.

[4]) RG. Entsch. Bd. 11 S. 279.

wieder hervorheben, daß der Duellant Schadensersatz leisten muß für die Verletzung, nicht für das Duellieren; der Kartellträger muß daher auch, soll er haftbar sein, Beihilfe zur Verletzung geleistet haben. Der Begriff der Beihilfe erfordert, daß der Gehilfe wissentlich Hilfe leistet, und die Hilfe auf die konkrete Tat bezieht. Dies Erfordernis halte ich beim Kartellträger nicht gegeben. Der Kartellträger weiß, wenn er die Forderung überbracht hat, noch nicht, ob es überhaupt zum Duell kommt; er weiß nicht, ob eine Verletzung beim Duell herauskommen wird, er weiß nicht, welcher der Duellanten eine Verletzung davontragen und welcher Art die Verletzung sein wird; und doch soll er bereits in diesem Momente wissentlich und vorsätzlich zu der konkreten Verletzung Beihilfe geleistet haben. Wenn wir auf seiten des Kartellträgers von einem Dolus sprechen wollten, so könnte dies nur ein dolus eventualis sein. Aber auch diesen halte ich beim Kartellträger nicht für erwiesen. Auch der Eventualdolus erfordert nicht nur die Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolges, sondern auch die Billigung des Erfolges für den Fall, daß derselbe eintritt. Der event. Dolus ist daher zu verneinen, wenn der Täter, trotz des vorhandenen Zweifels, in der Erwartung, der Erfolg werde nicht eintreten, mit dem dennoch eingetretenen Erfolge nicht einverstanden ist.[5]) Wollten wir den Kartellträger als Gehilfen der Verletzung betrachten, so müßten wir annehmen, daß er von vorneherein jeden Erfolg gebilligt habe. Das können wir aber keinesfalls aus der bloßen Überbringung der Forderung schließen. Ich vermag daher auch die Ansicht Hoenigers nicht zu billigen, die in der Tätigkeit des Kartellträgers eine Beihilfe zur Verletzung erblickt.

---

[5]) RG. Bd. 21 S. 420.

Aber selbst wenn die bisherigen Gründe als durchschlagend nicht erachtet werden sollten, so ist der Kartellträger für den Schaden nicht ersatzpflichtig, da seinem Verschulden ein mindestens gleich großes Verschulden des Verletzten gegenübersteht. In der Regel pflegt man das Verschulden des Gehilfen dem mitwirkenden Verschulden des Verletzten nicht gesondert gegenüberzustellen; es wird vielmehr ganz allgemein das Verschulden des Gehilfen nach dem Verschulden des Täters bemessen, dem er Hilfe geleistet hat. Ist der Täter der überwiegend schuldige Teil, so daß er zum Schadensersatz herangezogen wird, haftet mit ihm zugleich der Gehilfe. Dieses Verfahren ist in der Mehrzahl der Fälle ganz berechtigt und meistens auch das allein mögliche, da sich eine Trennung wegen der Einheitlichkeit der Handlung nicht durchführen läßt. Für gewöhnlich bildet die Handlung des Täters und Gehilfen ein einheitliches Ganze, das in seinem endgültigen Verlaufe den Erfolg verursacht. Erst diesem durch das Zusammenwirken verursachten Erfolg tritt das Verschulden des Verletzten gegenüber. Anders beim Duell. Wollten wir auch hier die Schuld des Kartellträgers nach dem Verschulden des Täters bemessen, bekämen wir ein durchaus unhaltbares Resultat. Nach der strafrechtlichen Doktrin begünstigt der Kartellträger das Zustandekommen des Duells und leistet demnach sowohl dem Forderer wie dem Geforderten Gehilfendienste bei Verletzung des Gegners. Hoeniger hat offenbar diese Konsequenz gezogen, denn er macht den Kartellträger für jeden Schaden haftbar, sei es, daß der Forderer, sei es, daß der Geforderte den Schaden erleidet. Der Kartellträger ist sonach immer auch Gehilfe des Verletzers. Ist es nun zufällig dem Minderschuldigen gelungen, seinen Gegner zu verletzen, entfällt mit der Haftung des Täters auch die des

Kartellträgers; ist das Gegenteil der Fall, so tritt mit der Haftung des Täters auch die des Kartellträgers ein. Bei diesem Resultate dürfen wir natürlich nicht stehen bleiben; das hieße die Haftung vom Zufall abhängig machen. Das Verschulden ist in jedem Falle das gleiche, also muß auch die Haftung in jedem Falle nach einem gleichen Maße gemessen werden. Das ist aber nur möglich, wenn wir das Verschulden des Kartellträgers für sich betrachten und, losgetrennt von dem des Täters, dem eigenen Verschulden des Verletzten gegenüberstellen.

Das Überbringen der Forderung stellt eine in sich abgeschlossene schuldhafte Handlung des Kartellträgers dar. Damit ist die ganze Tätigkeit des Kartellträgers beendigt. In diesem Zeitpunkte bereits setzen die Duellanten durch ihre Bereitschaft, das Duell auszukämpfen, bezw. durch die Betätigung dieses Entschlusses dem Verschulden des Kartellträgers ein eigenes Verschulden gegenüber. Bis dahin ist dem Verletzten durch die Tätigkeit des Kartellträgers ein Schaden nicht entstanden. Wenn ihm im weiteren Verlaufe ein Schaden zustößt, so hat er den Schaden selbst verschuldet, da er sich den Gefahren des Duells ausgesetzt hat.

Mag auch in dem Anbieten des Duells ein Verschulden des Kartellträgers liegen, so ist im Vergleich hierzu das Verschulden des Duellanten, der das Duell zur Ausführung bringt, das überwiegende. Der verletzte Duellant hat sich daher den Schaden selbst zuzuschreiben und kann vom Kartellträger einen Ersatz dieses Schadens nicht verlangen.

c) Ehrenrichter.

Neben den Kartellträgern bestraft die strafrechtliche Praxis auch die Ehrenrichter als Gehilfen des Zweikampfes.

Hoeniger tritt für die Befreiung der Ehrenrichter von der Haftung ein, da ihre Tätigkeit mehr eine unparteiische, richterliche Tätigkeit sei. Ich erachte für die Ehrengerichte die gleichen Gesichtspunkte maßgebend, wie für Kartellträger, und halte sie aus diesem Grunde nicht für ersatzpflichtig.

Wir kommen sonach zu dem Resultate, daß neben dem Duellanten keine beim Zweikampf sonst beteiligten Personen für den Schaden auf Grund § 830 verantwortlich gemacht werden können, wenigstens so lange nicht, als sie die ihnen nach den Duellregeln zukommenden Funktionen verrichten. Dagegen sind sowohl diese Personen, sowie jede dritte Person für den Schaden haftbar, sofern sie den zum Duell noch nicht Entschlossenen entweder anstiften, oder durch Bezeigung von Verachtung oder Erregung der Leidenschaft zum Zweikampfe anreizen. Nur unter dieser Voraussetzung dürften dritte Personen zur Mithaftung heranzuziehen sein.

Insoweit hiernach eine Haftpflicht begründet ist, ist der Dritte neben dem Duellanten als Gesamtschuldner gemäß § 840 zum Ersatz verpflichtet.

Ein kurzer Überblick über das Resultat unserer Betrachtung ergibt für den Schadensersatz im Zweikampf folgende leitenden Grundsätze:

Der Ersatzanspruch des unmittelbar verletzten Duellanten, wie die Ansprüche der Hinterbliebenen eines im Duell Gefallenen, werden nach den gleichen Gesichtspunkten behandelt. In beiden Fällen ist der Täter für den Schaden nur ersatzpflichtig, insoweit er in überwiegendem Maße das Duell moralisch verschuldet hat.

Von den einzelnen, im Gesetz vorgesehenen Ansprüchen bei Verletzung der Körperintegrität haben wir nur die prinzipielle Versagung des Anspruches wegen Entstellung und erlittener Schmerzen nach § 847 begutachtet. Bezüglich aller übrigen Ansprüche entscheidet das richterliche Ermessen, ob und in welcher Höhe der verletzte Duellant bezw. dessen Hinterbliebene Ersatz verlangen können.

In diesem Umfange wird, wie ich glaube, die Zubilligung von Ersatzansprüchen sowohl von den Freunden wie von den Gegnern des Zweikampfes gutgeheißen werden können.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.